



Costituzionalismo.it

Fascicolo 1 | 2017

LE RIFORME IN UNA DEMOCRAZIA COSTITUZIONALE

L'esternalizzazione soft delle frontiere e il naufragio della costituzione

di ALESSANDRA ALGOSTINO



L'ESTERNALIZZAZIONE *SOFT* DELLE FRONTIERE E IL NAUFRAGIO DELLA COSTITUZIONE

di *Alessandra Algostino*
Professore associato di Diritto costituzionale
Università degli Studi di Torino

ABSTRACT

ITA

L'*hard law*, statale, comunitario o internazionale, che disciplina l'immigrazione sfuma sempre più in una nebulosa di comunicazioni, procedure operative, circolari, partenariati, memorandum, scambi di note. Gli accordi di riammissione si presentano come emblematici della trasformazione delle politiche e delle norme in materia di immigrazione, sia per la loro forma – o, meglio, non-forma – sia per il loro contenuto.

Il contributo ricostruisce la natura *soft* di alcuni accordi recenti, per approfondire quindi l'analisi dei loro punti di collisione con la Costituzione, dalla mancanza di una legge di autorizzazione alla ratifica alla violazione della riserva di legge in materia di immigrazione al *vulnus* al principio di *non-refoulement*, evidenziando come la loro evanescenza renda difficile far valere responsabilità politiche e giudiziarie.

Diritti dimidiati e impediti, procedure decisionali opache e *soft law*, Costituzione esautorata: l'immigrazione si pone quale campo di prova e cartina di tornasole sia per l'effettività dei diritti, come diritti universali e come diritti costituzionali, sia per l'ancoraggio dei processi decisionali e normativi ai parametri propri di una democrazia, sia per la tenuta della Costituzione.

EN

Hard law concerning immigration, whether at the national, European, or international level, fades into a nebula of communications, operating procedures, circulars, partnerships, memoranda and exchanges of notes. Readmission agreements are emblematic of the transformation of the policies and norms in the area of immigration, both for their form – or better, non-form – and their content.

The present contribution reconstructs the *soft* nature of certain recent immigration agreements in order to deepen the analysis of where they conflict with the Italian Constitution (for example, the absence of an authorizing ratification law, the violation of the statutory reserve on immigration, the *vulnus* of the principle of *non-refoulement*), highlighting how their soft nature makes enforcing political and judicial responsibilities difficult.

With restricted and prevented rights, unclear decision-making procedures and soft law, the Constitution becomes deprived of its authority. Immigration becomes a litmus test, both for the effectiveness of rights, such as universal rights and constitutional rights, and for the anchoring of decision-making and regulatory processes to the parameters of democracy and of upholding the Constitution.

L'ESTERNALIZZAZIONE *SOFT* DELLE FRONTIERE E IL NAUFRAGIO DELLA COSTITUZIONE

di Alessandra Algostino

SOMMARIO: 1. *Il diritto dell'immigrazione: dalla Costituzione alle lettere*; 2. *Il modello degli accordi di riammissione soft: la Dichiarazione Unione europea-Turchia del 18 marzo 2016*; 3. *Gli accordi di riammissione soft dell'Italia: questioni di forma?*; 4. *Democrazia e pubblicità: l'art. 1 Cost.*; 5. *La legge di autorizzazione alla ratifica e l'art. 80 Cost.*; 6. *Discorrendo di immigrazione, la riserva di legge ex art. 10, c. 2, Cost.*; 7. *Il diritto di asilo e il divieto di refoulement: l'art. 10, c. 3, Cost.*; 8. *Esternalizzazione delle frontiere, persona umana e diritti costituzionali*; 9. *Osservazioni conclusive: la Costituzione e la palude.*

«Les han robado su lugar en el mundo. Han sido despojados de sus trabajos y sus tierras. Muchos huyen de las guerras, pero muchos más huyen de los salarios exterminados y de los suelos arrasados.

Los náufragos de la globalización peregrinan inventando caminos, queriendo casa, golpeando puertas: las puertas que se abren, mágicamente, al paso del dinero, se cierran en sus narices. Algunos consiguen colarse. Otros son cadáveres que la mar entrega a las orillas prohibidas, o cuerpos sin nombre que yacen bajo tierra en el otro mundo adonde querían llegar».

EDUARDO GALEANO, *Los emigrantes, ahora* (2005)¹

1. Il diritto dell'immigrazione: dalla Costituzione alle lettere

La Costituzione che sancisce il diritto di asilo (art. 10, c. 3), o stabilisce che la condizione giuridica dello straniero sia «regolata dalla legge» (art. 10, c. 2), così come il diritto internazionale, con trattati quali la Convenzione di Ginevra relativa allo *status* dei rifugiati del 28

¹ E. GALEANO, *Los emigrantes, ahora*, in *Bocas del tiempo*, Pehuén, Santiago, 2005, p. 207.

luglio 1951², o la Convenzione ONU per la tutela dei diritti di tutti i lavoratori migranti e dei membri delle loro famiglie del 18 dicembre 1990³, e il diritto dell'Unione europea, con gli artt. 77-80 TFUE, regolamenti e direttive⁴, costituiscono ormai solo uno degli elementi che compongono il *patchwork* che presiede a «una migrazione ordinata»⁵, ovvero alla gestione delle migrazioni. L'*hard law*, statale, comunitario o internazionale, sfuma in una nebulosa di comunicazioni, procedure operative, circolari, partenariati, memorandum, scambi di note. La *governance* dell'immigrazione⁶ – per inciso, si utilizza il termine *governance* non per essere *à la page*, ma perché restituisce bene l'immagine della commistione liquida di attori, dotati di legittimazione democratica e/o di poteri di fatto, che agiscono senza procedure e forme predefinite⁷ – è sempre più fluida e informale.

In questo contesto gli accordi di riammissione più recenti si presentano come emblematici della trasformazione delle politiche e delle norme in materia di immigrazione, sia per la loro forma – o, meglio, non-forma – sia per il loro contenuto (paradigmatico della *ratio* delle politiche europee in materia di immigrazione)⁸.

² La Convenzione è autorizzata alla ratifica ed eseguita nell'ordinamento italiano con legge 24 luglio 1954, n. 722.

³ Senza scordare che alcune norme dei trattati, fra le quali il principio di *non-refoulement* (art. 33 Convenzione di Ginevra sullo *status* dei rifugiati) sono ormai considerati come parte del diritto consuetudinario.

⁴ Per alcuni riferimenti specifici, cfr. *infra*; per un quadro sistematico, si vedano, sul sito www.europarl.europa.eu (voce Note sintetiche sull'Unione europea, Le politiche settoriali), *Politica di immigrazione* e *Politica di asilo*.

⁵ Organizzazione Internazionale per le Migrazioni (OIM), *Missione*, in www.italy.iom.int

⁶ In tema, molto efficacemente, si legga I. GJERGJI, *Sulla governance delle migrazioni. Sociologia dell'underworld del comando globale*, Franco Angeli, Milano, 2016.

⁷ Per tutti, sulla *governance*, sulle sue opacità e sui suoi rischi, cfr. M. R. FERRARESE, *La governance tra politica e diritto*, il Mulino, Bologna, 2010; P. ROSANVALLON, *La contre-démocratie. La politique à l'âge de la défiance*, Seuil, Paris, 2006 (trad. it. *La politica nell'era della sfiducia*, Città Aperta Edizioni, Troina (En), 2009), spec. p. 264; P. MEAGLIA, *Governance e democrazia rappresentativa. Un confronto*, in *Teoria politica*, n.s., Annali I, 2011, pp. 381 ss.; R. BIN, *Contro la governance: la partecipazione tra fatto e diritto*, in G. ARENA, F. CORTESE (a cura di), *Per governare insieme: il federalismo come metodo. Verso nuove forme di democrazia*, Cedam, Padova, 2011; A. ARIENZO, *Dalla corporate governance alla categoria politica di governance*, in *Governance*, I, Dante&Descartes, Napoli, 2004, e ID., *La governance*, Ediesse, Roma, 2013.

⁸ «Gestire le frontiere» è uno dei quattro «livelli di azione» individuati dall'Agenda europea sulla migrazione, adottata dalla Commissione europea il 13 maggio 2015 (Commissione europea, 13.5.2015 COM(2015) 240 final, Bruxelles), ma in realtà esso attraversa an-

Non solo: gli accordi di riammissione possono essere letti come esempio della metamorfosi che, più ampiamente, sta subendo il diritto, con un progressivo esautoramento degli organi preposti alla produzione delle norme, e a ciò legittimati dal loro essere parte del circuito politico-rappresentativo, in favore di un *mélange* di soggetti pubblici (con una prevalenza degli organi esecutivi) e privati, che agiscono al di fuori di procedure e forme predeterminate, utilizzando strumenti flessibili e informali. Ancora, anticipando quanto si osserverà *infra*, essi rendono palesi le ambiguità della proclamazione di diritti universali che si attenuano, quando non scompaiono, se i titolari sono *semplici* persone umane.

La rilevanza della questione “immigrazione” emerge in Europa nelle ultime decadi del Novecento. A livello europeo, alla fine degli anni Ottanta si registrano i primi segnali che mostrano il crescente interesse per la materia: dalla costituzione di organismi intergovernativi ibridi (in quanto correlati con le istituzioni comunitarie), come il Gruppo ad hoc Immigrazione (1986), alla considerazione della circolazione degli stranieri nella Convenzione di applicazione del 19 giugno 1990 dell'Accordo di Schengen (14 giugno 1985), all'adozione della Convenzione di Dublino sulla determinazione dello Stato competente per l'esame di una domanda di asilo presentata in uno degli Stati membri delle Comunità europee del 15 giugno 1990; senza dimenticare il Trattato sull'Unione europea (Maastricht, 7 febbraio 1992), che contempla, se pur nel terzo pilastro rimesso alla cooperazione intergovernativa, le politiche in tema di asilo e immigrazione⁹. Si giunge così alle soglie del nuovo millennio al primo passo nella comunitarizzazione delle competenze relative all'immigrazione e all'asilo con il Trattato di Amsterdam del 2 ottobre del 1997 e al Consiglio europeo di Tam-

che gli altri tre livelli, «ridurre gli incentivi alla migrazione irregolare», «onorare il dovere morale di proteggere: una politica comune europea di asilo forte», «una nuova politica di migrazione legale».

⁹ In argomento, cfr. B. NASCIBENE (a cura di, con la collaborazione di, M. PASTORE), *Da Schengen a Maastricht. Apertura delle frontiere, cooperazione giudiziaria e di polizia*, Giuffrè, Milano, 1995.

pere del 15 e 16 ottobre 1999, nelle cui conclusioni il primo punto è dedicato alla politica comune in materia di immigrazione e asilo¹⁰.

Segue quindi negli anni successivi l'adozione di una serie di direttive tendente ad elaborare un quadro giuridico compiuto, che, peraltro, stante anche la collusione della materia con le tradizionali prerogative statali, spesso è declinato nei termini dell'individuazione di una serie di standard minimi¹¹. Parallelamente, a partire dal 2005, atti di *soft law* come il *Global Approach to Migration and Mobility*¹² annunciano non tanto un cambiamento di rotta quanto un mutamento di stile e di intensità delle politiche europee¹³ che si affidano sempre più alla cooperazione con Stati terzi, a «partenariati per la mobilità», assumendo come cardine l'assunto che «senza controlli efficaci alle frontiere, senza una riduzione dell'immigrazione irregolare e un'efficace politica di rimpatrio, l'UE non sarà in grado di offrire maggiori opportunità di migrazione legale e mobilità»¹⁴.

Quanto all'ordinamento italiano, basti qui ricordare – dopo i primi passi compiuti con la legge 30 dicembre 1986, n. 943, e la legge 28

¹⁰ Consiglio europeo di Tampere del 15 e 16 ottobre 1999, dedicato alla creazione di uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia nell'Unione europea, *Conclusioni della Presidenza*, in www.europarl.europa.eu

¹¹ A mo' di esempio, si ricordano la c.d. direttiva rimpatri (direttiva 2008/115/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 16 dicembre 2008, recante norme e procedure comuni applicabili negli Stati membri al rimpatrio di cittadini di paesi terzi il cui soggiorno è irregolare) e le direttive in materia di protezione internazionale: direttiva 2013/32/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 giugno 2013, recante procedure comuni ai fini del riconoscimento e della revoca dello *status* di protezione internazionale (con la precisazione che esiste una proposta di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio che istituisce una procedura comune per la protezione internazionale nell'Unione e che abroga la direttiva 2013/32/UE, COM(2016)0467); direttiva 2013/33/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 giugno 2013, recante norme relative all'accoglienza dei richiedenti protezione internazionale.

¹² In argomento, per un primo approccio, cfr. D. VITIELLO, *L'azione esterna dell'Unione europea in materia di immigrazione e asilo: linee di tendenza e proposte per il futuro*, in *Diritto, immigrazione e cittadinanza*, nn. 3-4/2016, pp. 9 ss.; I. GJERGJI, *Sulla governance delle migrazioni*, cit., pp. 68 ss.

¹³ Cfr. I. GJERGJI, *Sulla governance delle migrazioni*, cit., p. 70, che, individuata nel *Global Approach to Migration* la terza fase delle politiche migratorie dell'Unione europea, osserva come il nuovo approccio «adotta certamente nuovi strumenti, i quali però servono soprattutto a potenziare il tradizionale approccio, ovvero le misure di riammissione, controllo e repressione dei movimenti migratori, prefigurando come unico canale d'ingresso regolare il modello della migrazione circolare».

¹⁴ Commissione europea, *L'approccio globale in materia di migrazione e mobilità*, COM(2011) 743 del 18.11.2011, p. 5.

febbraio 1990, n. 39 (c.d. legge Martelli) – l'adozione, sul finire del secolo appena trascorso, del Testo unico delle disposizioni concernenti la disciplina dell'immigrazione e norme sulla condizione dello straniero (decreto legislativo 25 luglio 1998, n. 286), il cui impianto fondato sul doppio binario (integrazione e repressione), nonostante alcune modifiche, tendenti per lo più ad inasprire il secondo binario, resta tutt'oggi il testo di riferimento. Le "ultime volontà" del Governo italiano in materia di immigrazione sono demandate, oltre che al c.d. decreto Minniti¹⁵, ad un atto di *soft law*, l'*Italian non-paper – Migration Compact – Contribution to an EU strategy for external action on migration*¹⁶. Nella Lettera che accompagna il *paper*, a firma dell'allora Presidente del Consiglio, Matteo Renzi, inviata il 15 aprile 2016 ai presidenti della Commissione e del Consiglio dell'UE, Jean-Claude Juncker e Donald Tusk, si legge: «il nostro non-paper è centrato sull'idea di sviluppare un modello di offerta ai Paesi partner all'interno del quale alle misure proposte da parte UE (supporto finanziario e operativo rafforzato) corrispondano impegni precisi in termini di efficace controllo delle frontiere, riduzione dei flussi di migranti, cooperazione in materia di rimpatri/riammissioni, rafforzamento del contrasto al traffico di esseri umani»¹⁷.

Senza addentrarsi oltre nella ricostruzione delle politiche e delle normative in tema di migranti, si può notare negli ultimissimi anni un salto di qualità, con la propensione ad utilizzare strumenti e procedure informali adottati nell'ambito di processi non di *government* bensì di *governance*.

Paradigmatico è l'"*hotspot approach*", che si presenta allo stesso tempo come un luogo e una procedura¹⁸, finalizzato ad una identificazione rapida e massiccia dei migranti al loro arrivo, funzionale ad una immediata distinzione fra migranti richiedenti protezione internazionale e c.d. migranti economici, per consentire – *obviously* – un veloce

¹⁵ Decreto legge 17 febbraio 2017, n. 13, convertito, con modificazioni, in legge 13 aprile 2017, n. 46.

¹⁶ Il testo compare sul sito ufficiale del Governo, in una pagina dal titolo "Immigrazione, la proposta dell'Italia alla UE", 21 aprile 2016, in www.governo.it.

¹⁷ Consultabile sotto la voce *Immigrazione, la proposta dell'Italia alla UE*, sul sito www.governo.it

¹⁸ Nelle "Procedure Operative Standard (SOP)", pubblicate dal Ministero dell'Interno, si dice che essi sono da intendersi in una duplice accezione, come «area designata» e «metodo di lavoro» (si veda www.libertaciviliimmigrazione.dlci.interno.gov.it, 10 giugno 2016).

rimpatrio dei secondi. La fonte è l'Agenda europea sulla migrazione, adottata dalla Commissione europea il 13 maggio 2015 attraverso una comunicazione¹⁹; nell'ordinamento italiano, la relativa disciplina è introdotta con una circolare²⁰ e alcune disposizioni amministrative, denominate "Procedure Operative Standard (SOP)", pubblicate dal Ministero dell'Interno²¹. Un regime giuridico, dunque, quello degli *hotspot*, giocato a livello di *soft law*²²: eppure si incide, anche a tacere della riserva di legge prevista in materia di condizione giuridica dello straniero dall'art. 10, c. 2, Cost., sull'esercizio di diritti fondamentali della persona (*in primis*, sulla libertà personale e sul diritto di asilo)²³.

Dal punto di vista del contenuto si assiste ad una crescente insistenza sul contrasto all'immigrazione irregolare²⁴, nell'ambito del quale diviene sempre più rilevante la cooperazione con gli Stati terzi. Esplicita in tal senso, oltre i documenti già citati, è una comunicazione

¹⁹ Commissione europea, 13.5.2015 COM (2015) 240 final, Bruxelles.

²⁰ Ministero dell'Interno, Dipartimento per le libertà civili e l'immigrazione, Protocollo 0014106 del 6 ottobre 2015 (testo reperibile sul sito www.asgi.it).

²¹ Il documento è reperibile sul sito www.libertaciviliimmigrazione.dlci.interno.gov.it/it/hotspot; sul carattere *soft* anche delle decisioni del Consiglio europeo 1523 del 14 settembre 2015 e 1601 del 22 settembre 2015, richiamate nelle "Procedure Operative Standard (SOP)", cfr. I. GJERGJI, *Sulla governance delle migrazioni*, cit., pp. 75-76.

²² La situazione non è sanata dall'art. 17 del D. L. n. 13 del 2017, convertito in L. n. 46 del 2017 (il c.d. decreto Minniti, già ricordato *ante*), stante la sua lacunosità, sulla quale si rinvia in specie a L. MASERA, *I centri di detenzione amministrativa cambiano nome ed aumentano di numero, e gli hotspot rimangono privi di base legale: le sconcertanti novità del decreto Minniti*, in *Diritto penale contemporaneo* (www.penalecontemporaneo.it), 10 marzo 2017; C. LEONE, *La disciplina degli hotspot nel nuovo art. 10 ter del D. lgs. 286/98: un'occasione mancata*, in *Diritto, immigrazione e cittadinanza*, n. 2/2017.

²³ Per prime osservazioni, si vedano R. CHERCHI, *I diritti dello straniero e la democrazia*, in Associazione "Gruppo di Pisa", Convegno annuale "Cos'è un diritto fondamentale?", Cassino, 10-11 giugno 2016, www.gruppodipisa.it, p. 48; gli interventi di F. VASSALLO PALEOLOGO, in Associazione Diritti e Frontiere, www.a-dif.org; il Documento ASGI 21-10-2015, *Garantire i diritti degli stranieri soccorsi in mare e sbarcati*, in www.asgi.it; A. CIERVO, *Ai confini di Schengen. La crisi dell'Unione Europea tra "sistema hotspot" e Brexit*, in Cositutuzionalismo.it, n. 3/2016, parte I, spec. pp. 85 ss.; S. PENASA, *L'approccio "hotspot" nella gestione delle migrazioni: quando la forma (delle fonti) diviene sostanza (delle garanzie). Efficientismo e garantismo delle recenti politiche migratorie in prospettiva multilivello*, in *Rivista AIC*, n. 2/2017; L. MASERA, *I centri di detenzione amministrativa cambiano nome ed aumentano di numero*, cit.; C. LEONE, *La disciplina degli hotspot nel nuovo art. 10 ter del D. lgs. 286/98*, cit.

²⁴ Il tema del controllo delle frontiere è ricorrente, da ultimo, nei vari scenari prospettati in Commissione europea, *Libro bianco sul futuro dell'Europa*, COM2017(2025) del 1 marzo 2017.

della Commissione europea del 2016, recante *Creazione di un nuovo quadro di partenariato con i Paesi terzi nell'ambito dell'Agenda europea sulla migrazione*, dove, con la scontata precisazione che ciò dovrà avvenire nel pieno rispetto dei diritti umani, si ribadisce la centralità di «una politica coerente, credibile ed efficace relativa al rimpatrio», e come fondamentale nei patti con i Paesi terzi sia il funzionamento del sistema di rimpatrio e riammissione, nell'intento di «aumentare in modo specifico e misurabile il numero dei rimpatri e delle riammissioni»²⁵.

Gli ultimi documenti adottati nel marzo 2017 dalla Commissione europea confermano la linea di tendenza che vede nel rimpatrio il perno della politica europea in materia di immigrazione; i titoli sono evocativi: *Communication on a more effective return policy in the European Union – A renewed action plan*²⁶ e *Recommendation on making returns more effective when implementing the Directive 2008/115/EC of the European Parliament and of the Council*²⁷.

Si palesa dunque, come anticipato, il carattere iconico degli accordi di riammissione, imprescindibili per politiche focalizzate sull'idea della migrazione circolare²⁸, mentre la loro evoluzione costituisce un chiaro esempio del passaggio dal *government* alla *governance* e dall'*hard law* alla *soft law*²⁹.

Nel primo decennio del secolo in corso (per la precisione, dal 2004 al 2014) risultano adottati 17 accordi di riammissione tra Unione europea e Paesi terzi³⁰, in base alla competenza che l'art. 79, par. 3, TFUE conferisce: «l'Unione può concludere con i paesi terzi accordi ai fini della riammissione, nei paesi di origine o di provenienza, di cit-

²⁵ COM (2016) 385 del 7.6.2016.

²⁶ Communication from the Commission to the European Parliament and the Council, COM (2017) 200 final, 2.3.2017.

²⁷ Commission Recommendation, C (2017) 1600 final, 7.3.2017.

²⁸ In argomento, cfr. I. GJERGJI, *Sulla governance delle migrazioni*, cit., spec. pp. 68-70.

²⁹ Un riferimento ampio al ruolo della *soft law* in relazione alle migrazioni, è in I. GJERGJI, *Sulla governance delle migrazioni*, cit., p. 24, che ragiona della «proliferazione di una moltitudine di norme “morbide” (*soft law*) e flessibili nel settore delle migrazioni».

³⁰ Per l'elenco, nonché il testo degli accordi, si veda la scheda on line *Return&readmission*, sul sito ufficiale della Commissione europea (www.ec.europa.eu/home-affairs), nonché, in lingua italiana, *Diritto, immigrazione e cittadinanza*, n. 1-2/2016, pp. 119 ss.

Quanto agli accordi conclusi fra Stati membri dell'UE e Stati terzi, essi ormai superano i trecento (cfr. J.-P. CASSARINO, *A Reappraisal of the EU's Expanding Readmission System*, in *The International Spectator*, Routledge, 2014, 49 (4), p. 132).

tadini di paesi terzi che non soddisfano o non soddisfano più le condizioni per l'ingresso, la presenza o il soggiorno nel territorio di uno degli Stati membri».

Quanto all'Italia, nell'Archivio dei Trattati internazionali Online del Ministero degli Affari Esteri e della Cooperazione Internazionale³¹, cercando con la voce "riammissione" compaiono più di 30 testi, fra accordi, protocolli e intese di attuazione, conclusi dal 1990 al 2014. La forma prevalente pare essere quella semplificata³², con notifica e comunicazione in Gazzetta ufficiale³³, senza legge di autorizzazione alla ratifica³⁴.

Un quadro completo delle ipotesi di riammissione peraltro deve tener conto anche delle clausole inserite in accordi di associazione e di cooperazione³⁵, sulla falsariga dell'art. 13 del c.d. Accordo di Cotonou (Accordo di partenariato tra i membri del gruppo degli Stati dell'Africa, dei Caraibi e del Pacifico, da un lato, e la Comunità europea e i suoi Stati membri, dall'altro, firmato il 23 giugno 2000)³⁶.

Tali accordi, ma anche i *benefit* contemplati nei patti aventi come oggetto principale la riammissione, rendono esplicita la natura dello

³¹ Consultabile sul sito *itra.esteri.it*.

³² Segnala una «crescente tendenza ad instaurare forme di cooperazione finalizzate al contrasto all'immigrazione irregolare, che non assumono la veste formale di veri e propri accordi internazionali, ma che sono caratterizzati da un significativo grado di "informalità"», M. MARCHEGIANI, *L'accordo di riammissione quale strumento integrato di cooperazione tra Stati per il contrasto all'immigrazione irregolare*, in G. PALMISANO (a cura di), *Il contrasto al traffico di migranti nel diritto internazionale, comunitario e interno*, Giuffrè, Milano, 2008, p. 144.

³³ A mo' di esempio, si vedano l'accordo fra Italia e Nigeria, *Accordo in materia migratoria (riammissione)*, Roma, 12 settembre 2000, notificato il 24.04.2006 - 20.02.2007, comunicato in *Gazz. Uff.*, n. 180 SO del 04.08.2011; l'accordo fra Italia ed Egitto, *Accordo di cooperazione in materia di riammissione, con protocollo esecutivo e allegati*, Roma, 9 gennaio 2007, notificato il 24.03.2008 - 26.03.2008, comunicato in *Gazz. Uff.*, n. 242 SO del 15.10.2008.

³⁴ Vi sono peraltro accordi per cui figura unicamente una nota verbale (è il caso ad esempio dell'*Accordo sulla riammissione delle persone che soggiornano senza autorizzazione*, Roma, 15 aprile 2014, concluso con il Kosovo), mentre in relazione ad alcuni, come quello di cui si dirà *infra* con la Tunisia del 2011, non si è trovata notizia (cercando con le voci "riammissione" e "Tunisia").

³⁵ D. VITIELLO, *L'azione esterna dell'Unione europea in materia di immigrazione e asilo*, cit., pp. 13 ss.; per un riferimento specifico ai c.d. accordi di amicizia e cooperazione, si veda M. BORRACCETTI, *L'Italia e i rimpatri: breve ricognizione degli accordi di riammissione*, in *Diritto, immigrazione e cittadinanza*, nn. 1-2/2016, spec. pp. 40 ss.

³⁶ 2000/483/CE; primi riferimenti in J.-P. CASSARINO, *La centralità periferica dell'art. 13 dell'accordo di Cotonou*, in *Diritto, immigrazione e cittadinanza*, nn. 1-2/2016, pp. 21 ss.

scambio “denaro per persone”; uno scambio, invero, spesso doppiamente vincente per i Paesi che cooperano e che quindi godono dei vantaggi che la cooperazione reca (anche) allo Stato che “fornisce” cooperazione, con il *surplus* di un controllo dei flussi migratori semplificato ed esternalizzato. Certo, c'è un prezzo: il naufragio dei diritti e della democrazia, ma per la *global economic governance*, siamo sicuri sia da ascrivere fra i costi?

Negli ultimi anni – ovvero dal biennio 2015-2016³⁷ –, gli accordi (o le clausole) di riammissione sono sempre più spesso conclusi in sedi para-istituzionali – con interpretazioni finanche paradossali come si vedrà in relazione all’“accordo UE-Turchia” – e attraverso forme iper-semplificate, ovvero *soft*: agende, partenariati, dichiarazioni, scambi di note, ...³⁸.

Oggetto del presente intervento sono proprio gli accordi-non accordi, specificamente finalizzati alla riammissione, degli ultimi anni, nell'intento di analizzare il loro rapporto con il quadro costituzionale e individuare eventuali *vulnera* – di non facile, si anticipa, sanzionabilità – di norme e principi costituzionali. Sotto il profilo procedurale, tali accordi possono qualificarsi come *soft*, con esplicito richiamo alla *soft law*, quale insieme eterogeneo di «rules of conduct which, in principle, have no legally binding force but which nevertheless may have practical effects»³⁹. La qualificazione “*soft*” indica la presenza di una forma iper-semplificata ed evoca il mancato rispetto delle procedure atte ad assicurare all'atto efficacia giuridica vincolante (un mancato rispetto che, come si vedrà, a prescindere da ogni discussione inerente

³⁷ Il biennio 2015-2016 segna una nuova fase delle politiche migratorie dell'Unione europea, non, come già accennato, per un cambio di rotta nel contenuto, quanto per una accelerazione e una de-formalizzazione delle stesse.

³⁸ Un esame dettagliato e critico dei partenariati per la mobilità e la migrazione è in I. GJERGJI, *Sulla governance delle migrazioni*, cit., pp. 79 ss.; sulle ragioni per l'opzione in favore di accordi di riammissione informali, cfr. J.-P. CASSARINO, *Informalising Readmission Agreements in the EU Neighbourhood*, in *The International Spectator*, Routledge, 2007, 42 (2), pp. 179 ss.

³⁹ La definizione – ricorrente nei contributi dedicati alla *soft law* – si deve a F. SNYDER, *The Effectiveness of European Community Law: Institutions, Processes, Tools and Techniques*, in *The Modern Law Review*, 1993, vol. 56, n. 1, p. 32; per una prima ricostruzione del concetto, sia consentito rinviare a A. ALGOSTINO, *La soft law comunitaria e il diritto statale: conflitto fra ordinamenti o fine del conflitto democratico?*, in *Costituzionalismo.it*, n. 3/2016, parte I, pp. 255 ss.

gli accordi in forma semplificata⁴⁰, è strettamente collegato all'osservanza dell'art. 80 Cost.).

2. Il modello degli accordi di riammissione *soft*: la Dichiarazione Unione europea-Turchia del 18 marzo 2016

Pur volendo focalizzare l'analisi sugli accordi conclusi direttamente dall'Italia, non si può non dedicare alcuni brevi cenni al c.d. accordo fra Unione europea e Turchia⁴¹, che è assunto quale modello degli accordi di riammissione *soft*, come esplicitato anche nei vertici politici e nelle comunicazioni della Commissione europea⁴².

La natura *soft* è evidente se si considera come l'"accordo" consista nella Dichiarazione UE-Turchia del 18 marzo 2016, che compare sotto la forma di comunicato stampa sul sito istituzionale del Consiglio europeo⁴³.

Invero la forma è così "informale" da porre dubbi sulla natura di accordo internazionale. In tal senso però depongono il criterio sostanzialista seguito in ambito UE in materia di fonti⁴⁴ e il contenuto dell'accordo, che comporta obblighi giuridici (non riconducibili ad altri atti). Un tipico atto, dunque, di *soft law*: non ha efficacia giuridica vincolante per la sua forma ma ha effetti giuridici pratici.

Accertata la natura informale dell'accordo, occorre quindi domandarsi se essa rispetta il diritto europeo.

⁴⁰ Nell'ampia dottrina sul tema, ci si limita qui a richiamare A. BARBERA, *Gli accordi internazionali: tra Governo, Parlamento e corpo elettorale*, in *Quad. cost.*, 1984, pp. 439 ss.

⁴¹ Per un approccio ampio, cfr. C. FAVILLI, *La cooperazione UE-Turchia per contenere il flusso dei migranti e richiedenti asilo: obiettivo riuscito?*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, n. 2/2016, pp. 405 ss.

⁴² Per tutti, cfr. Commissione europea, *Creazione di un nuovo quadro di partenariato con i paesi terzi nell'ambito dell'agenda europea sulla migrazione*, COM(2016) 385 del 7 giugno 2016, laddove, a proposito della Dichiarazione UE-Turchia, si afferma: «i suoi elementi possono ispirare la cooperazione con gli altri paesi terzi strategici e indicare le principali leve da attivare».

⁴³ Consultabile al sito www.consilium.europa.eu.

⁴⁴ Per un approfondimento, cfr. O. CORTEN, *Accord politique ou juridique: quelle est la nature du "machin" conclu entre l'UE et la Turquie en matière d'asile?*, in *EU Immigration and Asylum Law and Policy*, in eumigrationlawblog.eu, 10 giugno 2016; M. DEN HEIJER, T. SPIJKERBOER, *Is the EU-Turkey refugee and migration deal a treaty?*, in *EU Law Analysis*, eulawanalysis.blogspot.it, 7 aprile 2016; S. PEERS, *The draft EU/Turkey deal on migration and refugees: is it legal?*, in *EU Law Analysis*, eulawanalysis.blogspot.it, 16 marzo 2016.

Si può obiettare infatti che la forma semplificata contrasta con il diritto comunitario, il quale nelle materie oggetto dell'accordo richiede, ai sensi degli artt. 77-78 TFUE, la procedura legislativa ordinaria, ovvero, per la conclusione di un accordo internazionale, di seguire il procedimento di cui all'art. 218 TFUE, con la partecipazione, stante la materia, del Parlamento europeo.

Per inciso, compare qui un *must* degli accordi *soft*: il ruolo, sostanzialmente esclusivo, degli organi esecutivi nella loro stipulazione. Ora, nella consapevolezza che le relazioni internazionali sono tradizionalmente terreno dell'esecutivo, l'estromissione pressoché totale del legislativo segna un passo oltre; un passo coerente, peraltro, con la crescente concentrazione di potere negli esecutivi, sia che agiscano nell'ambito del *government* sia in quanto operino nello spazio duttile e promiscuo della *governance*.

Quanto al contenuto della Dichiarazione, esso è tipico degli accordi di riammissione: rendere più *easy* il rimpatrio⁴⁵, con tutto ciò che ne consegue in termini di impatto – come si specificherà in relazione all'Italia – sul diritto di asilo e sul rispetto dei diritti umani.

La scelta poi senza alcuna remora della Turchia come *partner* e come Stato sicuro⁴⁶ esemplifica come sia irrilevante la natura democratica o meno del Paese con il quale si conclude l'accordo, ovvero verso il quale si rimpatriano migranti e profughi.

Sulla Dichiarazione/accordo si è pronunciato il Tribunale dell'Unione europea e la sua risposta è quanto meno sorprendente: non è un atto dell'Unione europea. Il Tribunale era stato adito, a norma dell'art. 263 TFUE, da due cittadini pakistani e un cittadino afgano, richiedenti asilo in Grecia, che temevano, in ragione dell'accordo,

⁴⁵ «La Turchia ha convenuto di accettare il rapido rimpatrio di tutti i migranti non bisognosi di protezione internazionale che hanno compiuto la traversata dalla Turchia alla Grecia e di riaccogliere tutti i migranti irregolari intercettati nelle acque turche»; «Tutti i nuovi migranti irregolari che hanno compiuto la traversata dalla Turchia alle isole greche a decorrere dal 20 marzo 2016 saranno rimpatriati in Turchia, nel pieno rispetto del diritto dell'UE e internazionale, escludendo pertanto qualsiasi forma di espulsione collettiva» (*Dichiarazione Unione europea-Turchia* del 18 marzo 2016, cit.).

⁴⁶ Per un'analisi della situazione turca, al di là dei rapporti sui diritti umani, si segnala, dal punto di vista del costituzionalista, T. GROPPI, *Turchia 2017: l'attacco allo stato di diritto e il fallimento della condizionalità europea*, in *Osservatorio costituzionale*, n. 1/2017; in specifico, sull'applicazione dell'accordo UE-Grecia, cfr. AMNESTY INTERNATIONAL, *A blueprint for despair. Human rights impact of the EU-Turkey deal*, London, 2017.

di essere rinviati in Turchia⁴⁷. I ricorsi sono rigettati per incompetenza. Nel comunicato stampa del 18 marzo 2016 il quale annuncia l'accordo – si legge nell'ordinanza del Tribunale – sono utilizzate in maniera inappropriata le espressioni «membri del Consiglio europeo» e «Unione europea». Il 17 e il 18 marzo 2016 si sono tenuti in parallelo due incontri distinti: la sessione del Consiglio europeo e un vertice internazionale, ed è nell'ambito di quest'ultimo che i capi di Stato e di Governo, in quanto tali e non in quanto membri del Consiglio europeo, hanno adottato, con i loro omologhi turchi, la Dichiarazione⁴⁸. Dunque, «indépendamment du point de savoir si elle constitue, comme le soutiennent le Conseil européen, le Conseil et la Commission, une déclaration de nature politique ou, au contraire, comme le soutient le requérant, un acte susceptible de produire des effets juridiques obligatoires, la déclaration UE-Turquie, telle que diffusée au moyen du communiqué de presse n. 144/16, ne peut pas être considérée comme un acte adopté par le Conseil européen, ni d'ailleurs par une autre institution, un organe ou un organisme de l'Union, ou comme révélant l'existence d'un tel acte et qui correspondrait à l'acte attaqué», donde la dichiarazione di incompetenza⁴⁹.

Nessun accordo, nessun atto, quindi nessuna violazione del diritto comunitario, né sotto il profilo della procedura, né sotto quello dell'eventuale segretezza⁵⁰, né sotto quello del rispetto del diritto in materia di diritti umani e di protezione internazionale. E – si può aggiungere – riconoscimento di un estremo margine di manovra agli esecutivi, che assumono in parallelo diverse vesti giuridiche, passando senza soluzione di continuità dall'abito comunitario a quello di negoziatori internazionali a quello di membri di un vertice politico, come si

⁴⁷ Cause NF, NG e NM/Consiglio europeo (T-192/16, T-193/16 e T-257/16).

⁴⁸ Tribunale dell'Unione europea, *NF vs European Council*, causa T-192/16, ordinanza del 28 febbraio 2017, ma di identico tenore sono le ordinanze adottate in relazione agli altri due casi.

⁴⁹ Tribunale UE, ordinanza del 28 febbraio 2017, cit., par. 71.

⁵⁰ La negoziazione a livello esecutivo spesso trascina con sé anche la segretezza dell'accordo, un'altra costante delle riammissioni in forma iper-semplificata, che si scontra con i canoni di accesso e trasparenza che pure il diritto primario dell'UE sancisce (si veda, in specie, l'art. 42 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, che sancisce il diritto, in capo a «qualsiasi cittadino dell'Unione o qualsiasi persona fisica o giuridica che risieda o abbia la sede sociale in uno Stato membro», «di accedere ai documenti del Parlamento europeo, del Consiglio e della Commissione», e l'art. 15 del TFUE in tema di trasparenza).

addice all'*habitat* della *governance*, “libera” da procedure e forme (... e dalle ristrettezze imposte dai parametri democratici).

Ora, anche ammettendo e non concedendo che la Dichiarazione del 18 marzo 2016 non sia, grazie al rocambolesco sdoppiamento di ruolo dei vertici degli esecutivi, un atto dell'Unione europea, si può ancora osservare, da un lato, come, se si ritiene essa non sia che una mera dichiarazione politica, i respingimenti effettuati in suo nome sono *tout court* illegittimi. Mentre, dall'altro lato, se la si configura come un accordo internazionale, se pur concluso informalmente, resta che essa dovrebbe comunque rispettare – a prescindere dal diritto nazionale di ciascuno Stato – lo *ius cogens*⁵¹, cui è ascrivibile il principio di *non-refoulement*⁵². Ciò, senza nascondersi, peraltro, che l'ambiguità connessa a forme *soft* fra i suoi vantaggi annovera proprio quello di evitare «tutte le conseguenze che implica un trattato»⁵³.

Ma, fermo restando che tutti gli accordi stipulati fra l'Unione europea (o i suoi Paesi membri) e Paesi terzi coinvolgono ovviamente anche l'Italia, approfondiamo ora il discorso sulle intese *soft* relative alle riammissioni concluse in prima persona dallo Stato italiano.

3. Gli accordi di riammissione *soft* dell'Italia: questioni di forma?

Senza alcuna pretesa di completezza, ma a titolo di esempio, dato il loro carattere emblematico sia per la (non)-forma sia per il contenuto, si ricostruiscono di seguito i contorni relativi ad accordi *soft* conclusi dall'Italia, rispettivamente, con la Tunisia nel 2011, con il Sudan nel 2016 e con la Libia nel 2017, per poi valutarne, nei paragrafi successivi, la coerenza con la Costituzione.

Dell'accordo con la Tunisia del 5 aprile 2011⁵⁴ si legge nella sentenza del 15 dicembre 2016 della Grande camera della Corte europea dei diritti dell'uomo (CEDU), caso *Khlaifia e altri c. Italia*. Rico-

⁵¹ «Si tratta di *norme proibitive* alle quali è vietato derogare... Gli Stati perdono la libertà di contrarre sulla totalità della materia di interesse internazionale a proprio piacimento» (così, *ex multis*, D. CARREAU, F. MARRELLA, *Diritto internazionale*, Giuffrè, Milano, 2016, p. 65).

⁵² Per un riferimento all'attuazione da parte della Grecia della Dichiarazione, cfr. C. FAVILLI, *La cooperazione UE-Turchia*, cit., pp. 11 ss.

⁵³ D. CARREAU, F. MARRELLA, *Diritto internazionale*, cit., p. 184.

⁵⁴ L'accordo di seguito è citato come Accordo Italia-Tunisia del 2011.

struendo la normativa relativa alla causa, nell'ambito dei rapporti bilaterali Italia-Tunisia, la Corte cita per l'appunto un accordo concluso il 5 aprile 2011 dal Governo italiano con la Tunisia «in materia di controllo dell'ondata di immigrazione irregolare proveniente da tale paese», il cui testo «non era stato reso pubblico», ma di cui alcuni estratti del verbale della riunione nella quale era stato “stipulato” erano stati allegati dal Governo italiano nella domanda di rinvio dinanzi alla Grande camera⁵⁵. La “fonte” dell'accordo si evince dal passaggio nel quale la Corte EDU specifica: «il Governo ha prodotto alcuni estratti del verbale di una riunione svoltasi a Tunisi il 4 e il 5 aprile 2011 tra i Ministri dell'Interno tunisino e italiano. Secondo un comunicato stampa pubblicato sul sito internet del Ministero dell'Interno italiano il 6 aprile 2011...»⁵⁶.

Nell'Archivio dei Trattati internazionali Online del Ministero degli Affari Esteri e della Cooperazione Internazionale non si trova traccia dell'accordo del 2011⁵⁷, ma compare un precedente scambio di note, sempre in tema di riammissione tra i due Paesi, datato 6 agosto 1998⁵⁸. Ciò, fra l'altro, consente di precisare, da un lato, come nei rapporti internazionali la prassi di accordi in forma semplificata sia costante nel tempo; dall'altro, come, negli ultimi anni, tale prassi abbia subito una dilatazione e una iper-semplificazione (nell'ipotesi dello scambio di note del 1998, il testo, oltre che disponibile, risulta quantomeno comunicato in *Gazzetta Ufficiale*).

La Corte europea invero cita anche l'accordo del 1998, in quanto sempre richiamato dal Governo italiano, ma osserva come esso «non sembra essere quello applicato ai ricorrenti»⁵⁹: difficile non rilevare, oltre il carattere comunque informale di entrambi gli accordi, come l'incertezza del diritto regni sovrana.

Quanto al comunicato stampa del 6 aprile 2011 del Ministero dell'Interno italiano, non è dato reperirlo fra i comunicati stampa sul sito del suddetto Ministero, dove esiste l'Archivio storico dei comuni-

⁵⁵ Corte europea dei diritti dell'uomo (CEDU), Grande camera, *Khlaifia e altri c. Italia*, ricorso n. 16483/12, sentenza 15 dicembre 2016, par. 37.

⁵⁶ *Ibidem*.

⁵⁷ Ricerca effettuata il 30 aprile 2017, con la voce “riammissione” su www.itra.esteri.it.

⁵⁸ Scambio di note concernente l'ingresso e la riammissione delle persone in posizione irregolare, Roma, 6 agosto 1998, notificato il 25.02.1999 -24.08.1999, comunicato in *Gazz. Uff.*, n. 11 SO del 15.01.2000.

⁵⁹ CEDU, Grande camera, *Khlaifia e altri c. Italia*, cit., parr. 40 e 103.

cati stampa, suddiviso per anno e mese⁶⁰. Solo attraverso un generico motore di ricerca su internet, si trova, non fra i comunicati stampa, bensì fra le “Notizie”, l’annuncio che il 6 aprile 2011 è stato «siglato l’accordo fra Italia e Tunisia», «che impegna le autorità del Paese nordafricano a rafforzare i controlli sulle partenze e ad accettare il rimpatrio diretto per i nuovi arrivi in Italia»⁶¹. Non è riportato il testo integrale dell’accordo, ma un semplice riferimento ai punti ritenuti salienti (dall’ufficio stampa, si presume) corredati da un commento dell’allora responsabile del Viminale, Roberto Maroni. Semplice notizia di un accordo Italia-Tunisia senza ulteriori specificazioni si legge anche nel resoconto dell’audizione del 12 aprile 2011 alla Camera dei deputati del Ministro dell’Interno, Roberto Maroni, «sui recenti sviluppi degli eccezionali flussi migratori dalla Tunisia e dalla Libia e sulle iniziative che il Governo intende assumere in materia di immigrazione»⁶².

Quanto alla cooperazione fra Italia e Sudan, si esamina qui il «Memorandum d’intesa tra il Dipartimento della Pubblica Sicurezza del Ministero dell’Interno italiano e la Polizia Nazionale del Ministero dell’Interno sudanese per la lotta alla criminalità, gestione delle frontiere e dei flussi migratori ed in materia di rimpatrio», firmato a Roma il 3 agosto 2016⁶³.

L’accordo non figura nell’Archivio dei Trattati internazionali Online del Ministero degli Affari Esteri e della Cooperazione Internazionale; ugualmente non si trova menzione dello stesso sul sito dell’Ambasciata d’Italia a Khartoum, dove pure vi sono pagine dedicate ai rapporti bilaterali e alle varie forme di cooperazione (politica, economica, culturale, allo sviluppo)⁶⁴.

⁶⁰ Ministero dell’Interno, Archivio storico, Comunicati stampa, www1.interno.gov.it, consultato il 2 maggio 2017.

⁶¹ Ministero dell’Interno, Archivio storico, Sala stampa, Notizie, www1.interno.gov.it, consultato il 2 maggio 2017; analoga notizia compare sul sito del Ministero degli Affari Esteri e della Cooperazione Internazionale (Archivio comunicati e notizie).

⁶² Camera dei deputati, Commissioni riunite I (Affari costituzionali, della presidenza del consiglio e interni) e III (Affari esteri e comunitari), seduta di martedì 12 aprile 2011, Audizione, Resoconto stenografico (www.camera.it), p. 7.

⁶³ Di seguito citato come Memorandum d’intesa Italia-Sudan del 2016.

⁶⁴ Cfr. il sito www.ambkhartoum.esteri.it. Invero in alcuni siti (nella specie, www.stranieriinitalia.it e www.onuitalia.it) si cita una nota diffusa dall’Ambasciata italiana in Sudan, ma non risulta reperibile.

Il testo può essere reperito sul sito dell'Associazione per gli Studi Giuridici sull'Immigrazione, in quanto, a differenza delle decine di accordi gemelli con altri Paesi, è sfuggito alla segretezza⁶⁵. La vicenda di una quarantina di profughi sudanesi rimpatriati il 24 agosto 2016⁶⁶ rende pubblica l'esistenza di un accordo fra Italia e Sudan. A fronte delle critiche da parte di alcune associazioni, come il Tavolo nazionale asilo, a quanto si apprende da una intervista, il capo della Polizia, Franco Gabrielli, rende noto di aver consegnato, su richiesta del Presidente della Commissione straordinaria per la tutela e la promozione dei diritti umani del Senato, Luigi Manconi, il testo⁶⁷.

In questo caso dunque l'esistenza e il contenuto dell'accordo sono resi pubblici – si può dire – per un accadimento fortuito, senza alcuna forma di ufficialità precostituita. Sempre dalle parole del capo della Polizia si viene a conoscenza del fatto che il memorandum con il Sudan «è stato scritto nell'ambito delle relazioni internazionali del nostro Paese e certificato dal ministero degli Esteri», «non ha nulla di segreto» e «come tutti gli altri 267 che l'Italia ha firmato con altri paesi, è uno strumento di cooperazione di polizia e non necessita di un passaggio in Parlamento»⁶⁸. Esso, come si legge al suo art. 20, c. 1, «diviene efficace all'atto della firma ed ha una durata illimitata»⁶⁹.

Rinviando *infra* per obiezioni sul punto della non necessità di un intervento del Parlamento e per altre considerazioni in ordine ai profili di incostituzionalità, limitandosi per ora a ricostruire la forma dell'accordo, colpisce come esso sia concluso da organi amministrativi, quali le rispettive forze di polizia⁷⁰: a quali condizioni la cooperazione internazionale può essere regolata da un atto meramente amministrativo? Per rispondere occorrerà valutare il contenuto dell'accordo,

⁶⁵ www.asgi.it.

⁶⁶ Il 16 febbraio 2017 varie associazioni parte del Tavolo nazionale asilo annunciano nel corso di una conferenza stampa la presentazione di un ricorso alla Corte europea dei diritti dell'uomo da parte di cinque cittadini sudanesi vittime del rimpatrio del 24 agosto 2016.

⁶⁷ *Migranti rimpatriati in Sudan, "tutto regolare"*, in *Avvenire.it*, mercoledì 28 settembre 2016.

⁶⁸ *Migranti rimpatriati in Sudan, "tutto regolare"*, cit.

⁶⁹ Ferma restando la possibilità che una Parte intenda risolverlo: in tal caso, previa comunicazione scritta, «il Memorandum cessa di avere effetto dopo sei mesi dalla data di ricezione della notifica di risoluzione» (art. 20, c. 3, Memorandum).

⁷⁰ Sugli accordi di riammissione conclusi sotto la forma di accordi di polizia, cfr. I. GJERGJI, *Sulla governance delle migrazioni*, cit., pp. 106 ss.

ma si possono sin d'ora sollevare alcuni interrogativi: quale che sia il contenuto – elemento quest'ultimo certo non indifferente – *chi* valuta la natura amministrativa o meno, tenendo anche presente la mancanza di trasparenza (per usare un eufemismo) che circonda tali accordi? Non pare privo di fondamento il rischio che la sottoscrizione da parte di organi amministrativi, e, quindi, l'inclusione dell'atto fra quelli amministrativi, abbia come obiettivi non dichiarati o, quantomeno, come effetti collaterali ben accettati, quelli di evitare *a priori* il coinvolgimento del Parlamento e rendere molto difficile il controllo, politico e giurisdizionale, *a posteriori*.

Venendo alle relazioni italo-libiche, in questa sede si prende in considerazione il «Memorandum d'intesa sulla cooperazione nel campo dello sviluppo, del contrasto all'immigrazione illegale, al traffico di esseri umani, al contrabbando e sul rafforzamento della sicurezza delle frontiere tra lo Stato della Libia e la Repubblica Italiana»⁷¹, sottoscritto dal Governo di Riconciliazione Nazionale dello Stato di Libia e il Governo della Repubblica italiana il 2 febbraio 2017.

Il Governo italiano non reputa rilevante il fatto che la controparte non abbia giurisdizione sull'intero Stato libico. Il Memorandum, infatti, è stato siglato per la Libia dal Governo di unità nazionale libico guidato da Al Serraj, riconosciuto dalle Nazioni Unite, ma che possiede il controllo solo di una parte del territorio, conteso dal Parlamento di Tobruk e dall'esercito del generale Haftar, oltre che occupato da decine di gruppi armati. Quanto si legge sul sito “Viaggiare sicuri” della Farnesina, che scrive di una «situazione di instabilità e di frammentazione politico-istituzionale che si registra ormai da tempo nel Paese»⁷², non sembra preoccupare il Governo italiano quando conclude l'accordo.

Il testo del Memorandum in questo caso è presente nell'Archivio dei Trattati internazionali Online del Ministero degli Affari Esteri e della Cooperazione Internazionale⁷³, dove non risulta alcuno specifico passaggio formale, se non la precisazione che «il Memorandum d'Intesa entra in vigore alla data della firma» (ai sensi dell'art. 8 dello

⁷¹ Di seguito indicato come Memorandum d'intesa Italia-Libia del 2017.

⁷² Si veda www.viaggiaresecuri.it (valido al 04.05.2017, pubblicato il 11.01.2017).

⁷³ Il Memorandum compare con una ricerca semplice effettuata con la voce “Libia” ma non con altri parametri come il titolo (www.itra.esteri.it).

stesso), ha durata triennale ed è rinnovabile tacitamente. Esso risulta dunque concluso in forma semplificata, ovvero iper-semplificata.

Alla data in cui si scrive l'accordo risulta sospeso, a partire dal 22 marzo 2017 e sino al pieno svolgimento del processo, dalla Corte di appello di Tripoli⁷⁴, a seguito di un ricorso che, oltre a profili di merito, coinvolge in primo luogo questioni procedurali di livello costituzionale (strettamente connesse con la mancanza di una sovranità unica, condivisa ed effettiva sull'intero territorio) e in specifico relative al mancato rispetto della prevista unanimità nel processo decisionale⁷⁵.

Il Memorandum del 2017, peraltro, non rappresenta che l'ultimo tassello della storia della collaborazione italo-libica in materia di immigrazione, una storia costellata da accordi (quale l'Accordo del 13 dicembre del 2000, il Protocollo del 29 dicembre 2007, il Protocollo del 4 febbraio 2009), per lo più – il Trattato c.d. di Bengasi del 30 agosto 2008, autorizzato con la legge 6 febbraio 2009, n. 7, rappresenta un'eccezione – connotati da una segretezza rotta solo da qualche notizia giornalistica e la cui adozione degrada progressivamente in forme sempre più *soft*⁷⁶.

Gli accordi-non accordi citati, al di là di assumere come oggetto chiave la “riammissione”, con i possibili conflitti con la Costituzione di cui si dirà *infra*, condividono – per restare per ora alla forma – una disomogenea informalità.

Troviamo, infatti, negli esempi riportati, comunicati stampa, memorandum d'intesa di carattere amministrativo e memorandum d'intesa di carattere politico, ma non mancano accordi conclusi con note verbali, protocolli o scambi di lettere.

La mancanza di omogeneità non inficia l'iscrizione ad un unico insieme degli accordi *soft*; è intrinseca, infatti, nell'informalità l'essere dispersa in mille rivoli diversi, mancando per l'appunto una forma predefinita. Si possono dunque individuare dei potenziali *vulnera* alla

⁷⁴ A. ASSAD, *Court ruling blocks Lybia-Italy MoU on stemming illegal immigration*, in *The Libya Observer*, March 22, 2017.

⁷⁵ A. CAMILLI, *L'avvocata libica che ha portato in tribunale l'accordo con l'Italia sui migranti*, in *www.internazionale.it*, 30 marzo 2017.

⁷⁶ Per una ricostruzione e un commento agli accordi bilaterali Italia-Libia in tema di immigrazione, cfr. G. BATTISTA, *La collaborazione italo-libica nel contrasto all'immigrazione irregolare e la politica italiana dei respingimenti in mare*, in *Rivista AIC*, n. 3/2011; I. GJERGJI, *Sulla governance delle migrazioni*, cit., pp. 114 ss.; N. RONZITTI, *Il futuro dei trattati tra Italia e Libia*, in *Affari internazionali*, 2 febbraio 2012.

Costituzione comuni agli accordi di riammissione *soft*, in quanto strettamente connessi all'informalità e in specie, come si vedrà, al mancato intervento della legge ordinaria⁷⁷. Compare, come tratto costante, il pressoché assoluto dominio degli esecutivi.

La molteplicità dell'evanescenza delle forme può quindi condurre a rilevare ulteriori e specifici profili di collisione con l'orizzonte costituzionale, quali la mancanza di trasparenza e/o di conoscibilità e/o di pubblicità, con ciò che ne consegue in termini di impatto sulla democraticità dell'ordinamento.

4. Democrazia e pubblicità: l'art. 1 Cost.

La democrazia implica la pubblicità dei procedimenti e delle decisioni quale preconditione per l'esercizio della partecipazione dei cittadini, attraverso la discussione, il dissenso, il controllo; essa è strutturalmente contraria al «potere invisibile»⁷⁸.

La connessione fra democrazia e pubblicità è tale che il fondamento costituzionale di quest'ultima si può rintracciare direttamente nell'art. 1 della Costituzione, laddove proclama che «l'Italia è una Repubblica democratica...» e «la sovranità appartiene al popolo»⁷⁹.

Nei primi due casi approfonditi in quest'intervento – rappresentanti, come si è detto, semplicemente un esempio di una prassi diffusa – si registra, invece, una estrema difficoltà nel reperire non solo una pubblicazione ufficiale ma finanche fonti istituzionali (e in taluni casi anche informali), con un evidente *vulnus* della pubblicità e della conoscibilità.

⁷⁷ C. FAVILLI, *Quali modalità di conclusione degli accordi internazionali in materia di immigrazione?*, in *Riv. Dir. Internaz.*, 2005, p. 157, sottolinea come «le modalità di conclusione particolari» degli accordi in materia di immigrazione suscitano «dubbi di compatibilità con la Costituzione per almeno due profili: da una parte in relazione agli articoli 80 e 87, 8^a comma e, dall'altra, in relazione all'art. 10, 2^a comma...».

⁷⁸ N. BOBBIO, *La democrazia e il potere invisibile*, 1980, in ID., *Il futuro della democrazia*, Einaudi, Torino, ed. 1991, pp. 85 ss.

⁷⁹ In questo senso, fra gli altri, M. AINIS, *Sulla comunicazione delle regole giuridiche (e su un vuoto di comunicazione nella letteratura giuridica)*, in *Quad. cost.*, n. 3/2002, p. 632; dell'Autore si segnala anche il passaggio in cui sostiene che «la pubblicità non basta a soddisfare quest'aspettativa di effettiva conoscenza del diritto, cui si lega l'idea di certezza... c'è bisogno di un passaggio ulteriore, spostando il tiro dalla pubblicazione alla comunicazione delle regole giuridiche» (*ibidem*).

È una violazione, per così dire, dei principi fondamentali della democrazia, suscettibile di revocarla in dubbio, e che richiede una discussione e una risposta a livello politico, ma può avere un seguito anche, per così dire, “pratico”, in quanto coinvolge la trasparenza dell’attività amministrativa e il diritto di accesso agli atti amministrativi.

Non solo: esiste una norma specifica, contenuta nella legge 11 dicembre 1984, n. 839, che dispone l’inserimento nella “Raccolta ufficiale delle leggi e dei decreti della Repubblica italiana” e la pubblicazione sulla *Gazzetta Ufficiale* degli accordi «ai quali la Repubblica si obbliga nelle relazioni internazionali, ivi compresi quelli in forma semplificata» e che non comportano pubblicazione ad altro titolo (art. 1, lett. f), nonché la pubblicazione trimestrale in apposito supplemento della *Gazzetta Ufficiale*, di «tutti gli atti internazionali ai quali la Repubblica si obbliga nelle relazioni estere, trattati, convenzioni, scambi di note, accordi ed altri atti comunque denominati» (art. 4). La violazione di tale legge potrebbe dar luogo a responsabilità specifiche, non solo politiche, dei soggetti ai quali compete la pubblicazione.

Ancora: come afferma la Corte europea dei diritti dell’uomo in relazione all’accordo Italia-Tunisia del 2011, la considerazione «che il testo integrale di tale accordo non era stato reso pubblico» comporta che esso «non era dunque accessibile agli interessati, che non potevano pertanto prevedere le conseguenze della sua applicazione»⁸⁰. La mancanza di pubblicità si riverbera cioè sul principio di certezza del diritto e sulla possibilità del cittadino di prevedere le conseguenze che possono derivare da un determinato atto⁸¹.

Eventuali ricorsi, peraltro, scontano la presenza di barriere pressoché insormontabili, a partire dalla stessa conoscenza dell’esistenza di un accordo e dal fatto che la sua volatilità rende molto difficile individuare la sede cui rivolgersi (per tacere di questioni come, *inter alia*, l’interesse ad agire).

Il primo profilo di incostituzionalità, dunque, chiama in causa direttamente l’essenza della democrazia, l’esercizio della sovranità popolare, la certezza del diritto e si presenta come di difficile giustiziabilità.

La vicenda dell’accordo Italia-Tunisia del 5 aprile 2011, invero, indica un possibile percorso indiretto: muovendo dalla supposta viola-

⁸⁰ CEDU, Grande camera, *Khlaifia e altri c. Italia*, cit., par. 102.

⁸¹ Cfr. CEDU, Grande camera, *Khlaifia e altri c. Italia*, cit., par. 92.

zione di diritti, il ricorso ad un giudice – ordinario e/o sovranazionale, come la Corte EDU – potrebbe contribuire a portare alla luce l'esistenza di accordi informali, compatibilmente con i poteri dell'autorità giudiziaria. A questo punto, tuttavia, *quid iuris*? Si potrebbe immaginare un annullamento di un accordo in quanto atto amministrativo per eccesso di potere e/o violazione di legge, oppure la sua disapplicazione da parte del giudice ordinario?

Emerge come gli accordi in forma semplificata o *soft* tendano a sfuggire a qualsivoglia controllo e intervento giudiziario sia in sede nazionale sia presso le corti sovranazionali (che però, come si vedrà, possono “colpire” l'atto nella loro funzione di garanzia dei diritti).

5. La legge di autorizzazione alla ratifica e l'art. 80 Cost.

La mancanza di pubblicità non è l'unico profilo a chiamare in causa la sovranità popolare: essa è coinvolta, insieme ad un altro cardine della democrazia, la separazione dei poteri, anche quando manca il ricorso alla legge di autorizzazione alla ratifica.

Come è noto, la Costituzione richiede, *ex art. 80*, che le Camere autorizzino con legge «la ratifica dei trattati internazionali che sono di natura politica, o prevedono arbitrati o regolamenti giudiziari, o importano variazioni del territorio od oneri alle finanze o modificazioni di leggi».

Sia che si reputi la necessaria partecipazione del Parlamento attraverso legge ordinaria espressione di una funzione di controllo sull'operato del Governo sia che la si consideri un vero e proprio atto di compartecipazione alla stipulazione dell'accordo⁸², resta che la

⁸² Parte della dottrina considera la legge di autorizzazione alla ratifica un'autorizzazione in “senso tecnico”, «cioè nel senso di atto col quale un organo esprime il suo apprezzamento su un atto da compiersi da un altro organo come condizione dell'esercizio da parte di quest'ultimo della sua competenza a compierlo» (così T. PERASSI, *La Costituzione e l'ordinamento internazionale*, Giuffrè, Milano, 1952, p. 14; nello stesso senso, *ex multis*, A. LA PERGOLA, *Costituzione e adattamento dell'ordinamento interno al diritto internazionale*, Giuffrè, Milano, 1961, p. 151; S. LABRIOLA, *Principi costituzionali, ordinamento e prassi nella disciplina dell'autorizzazione legislativa alla ratifica dei trattati internazionali*, in *Il Governo e alcune sue funzioni*, II, Cedam, Padova, 1984, p. 321); mentre altra dottrina la ritiene un atto di “compartecipazione” (a favore di questa tesi, fra gli altri, C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, II, Cedam, Padova, 1976; A. CASSESE, *Art. 80*, in

ratio della norma è garantire che in materie ritenute particolarmente rilevanti l'organo rappresentativo affianchi l'esecutivo. L'intervento delle Camere, da un lato, evoca la sovranità popolare (art. 1 Cost.) esercitata attraverso la mediazione della rappresentanza; dall'altro, un principio fondamentale del costituzionalismo, quale la separazione dei poteri.

Se si dovesse rilevare, dunque, un mancato rispetto delle prescrizioni dell'art. 80 Cost., si profilerebbe una sua violazione esplicita e diretta, che si riverbera sull'art. 1 Cost.

Ora, venendo alle categorie di trattati contemplati nell'art. 80 Cost., giova soffermarsi, pensando agli accordi citati, sui «trattati di natura politica». La locuzione è indubbiamente ampia e la sua indeterminatezza si presta ad interpretazioni divergenti⁸³, che possono consentire al Governo di appropriarsi di un notevole margine di discrezionalità.

Un'interpretazione restrittiva della locuzione (con il conseguente ampliamento degli spazi di autonomia del Governo) si scontra, peraltro, con l'interpretazione della norma quale «clausola di chiusura», da leggere alla luce delle intenzioni dei costituenti che inizialmente avevano previsto la necessità di un intervento parlamentare per ogni accordo internazionale⁸⁴, approvando altresì un emendamento che includeva «qualsiasi atto stipulato con altri Stati»⁸⁵.

G. BRANCA (a cura di), *Commentario della Costituzione, La formazione delle leggi*, II, Bologna-Roma, 1979, p. 155; A. BARBERA, *Gli accordi internazionali*, cit., p. 448).

Alla qualificazione della legge ex art. 80 Cost. come autorizzazione in «senso tecnico» «appare», poi, «collegato l'inserimento» della legge in questione «nella categoria dei controlli parlamentari sull'attività di Governo, nonché la qualificazione della legge di autorizzazione come legge in senso formale», mentre, nel secondo caso (legge ex art. 80 come atto di compartecipazione), si parla di atto (complesso) di indirizzo politico e di legge in senso sostanziale (per questa ricostruzione e per ogni ulteriore rinvio ai sostenitori delle varie tesi, cfr. V. LIPPOLIS, *La Costituzione italiana e la formazione dei trattati internazionali*, Rimini, Maggioli, 1989, pp. 45 ss.; più recentemente per una sintesi sul punto, si veda anche F. GHERA, *Art. 80*, in R. BIFULCO, A. CELOTTO, M. OLIVETTI (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, v. II, *Artt. 55-100*, Utet, Torino, 2006, spec. pp. 1562-1563).

⁸³ In tema, A. CASSESE, *Art. 80*, cit., p. 161.

⁸⁴ La soluzione prescelta in sede di Commissione dei 75 (Seconda Sottocommissione) recitava: «Le Camere autorizzano con legge la ratifica dei trattati ed accordi internazionali ed in generale di qualsiasi atto stipulato con altri Stati» (Assemblea Costituente, Commissione per la Costituzione, Seconda Sottocommissione, seduta del 21 dicembre 1946, *Resoconto sommario*, p. 802, in www.legislature.camera.it); come annota F. GHERA, *Art. 80*, cit., p. 1562, la successiva scelta di sottoporre all'autorizzazione delle Camere solo alcune cate-

Ferme restando le ragioni a supporto di un'interpretazione estensiva dell'espressione «trattati di natura politica», nel caso specifico degli accordi di riammissione⁸⁶, che hanno per oggetto materie come il controllo delle frontiere, l'ingresso nel territorio, il diritto di asilo, la cooperazione con altri Stati, pare difficilmente confutabile la loro «natura politica»⁸⁷.

Le obiezioni all'inclusione delle intese in tema di riammissione nella categoria in questione fanno leva sul loro supposto carattere meramente applicativo. In argomento, pur concordando con il plausibile rilievo che gli accordi in questione si inseriscono in un unico filone⁸⁸, è agevole controbattere come l'essere parte di una identica prospettiva politica non esclude che ciascuno di essi possieda (anche) una propria specifica «natura politica», venendo ad essere fonte di obblighi autonomi.

Anzi, prendendo ad esempio il Memorandum d'intesa con il Sudan, la considerazione che esso «si iscrive nel più ampio quadro di cooperazione tra Sudan e Unione Europea sui temi migratori, con particolare riferimento al *Processo di Khartoum* (lanciato in Italia nell'autunno del 2014) e al *Fondo fiduciario d'emergenza dell'Unione Europea per la stabilità e la lotta contro le cause profonde della migrazione irregolare e del fenomeno degli sfollati in Africa* (lanciato nel novembre

gorie di trattati avvenne «in una sede impropria, e cioè all'interno del Comitato di redazione», ma venne approvata «pressoché senza obiezioni da parte dell'assemblea plenaria».

⁸⁵ Emendamento presentato dall'onorevole Nobile, approvato nella seduta del 21 dicembre 1946 (cfr. *supra*).

⁸⁶ Solleva dubbi sulla possibilità di concludere in forma semplificata gli accordi di riammissione stante la loro politicità, P. BONETTI, *Ingresso, soggiorno e allontanamento, Profili generali e costituzionali*, in B. NASCIBENE (a cura di), *Diritto degli stranieri*, Cedam, Padova, 2004, p. 324.

⁸⁷ Come è stato osservato a proposito del Memorandum Italia-Sudan del 2016: «la natura di atto meramente interno e amministrativo dell'accordo, volto a dettare norme attuative di dettaglio, è smentita sin dal preambolo, dove si intende chiaramente che le parti intendono rafforzare la cooperazione di polizia nella lotta contro la criminalità organizzata, il traffico di migranti e l'immigrazione irregolare, la tratta di esseri umani, il traffico di droga e il terrorismo» (ASGI, *Memorandum d'intesa tra il Dipartimento della pubblica sicurezza italiano e la polizia nazionale sudanese, Guida alla lettura*, in www.asgi.it, 3 ottobre 2016).

⁸⁸ ... un filone, peraltro, costruito sulla *soft law*, a partire dall'Agenda europea sulla migrazione del 2015 (cit. *retro*).

2015 al Summit di La Valletta, Malta)»⁸⁹, palesa senza ombra di dubbio il carattere politico dell'accordo, senza che i processi e documenti citati possano costituire, stante il loro carattere, una base sufficiente per qualificare lo stesso come un semplice dettaglio operativo.

Un discorso analogo può farsi per la cooperazione Italia-Libia, anche se il Memorandum d'intesa del 2017 si premura di porsi come attuativo degli accordi preesistenti⁹⁰.

L'ascrivibilità degli accordi di riammissione nella procedura *ex art. 80 Cost.* è poi avvalorata dalle precisazioni elaborate dal Ministero della Difesa, le *Linee guida relative agli aspetti amministrativi/negoziati in materia di accordi intergovernativi e di intese non governative*, approvate il 15 febbraio 2008, che, in relazione alla natura politica del trattato, recitano: «nel determinare, la sussistenza o meno di tale requisito il Governo dovrà valutare la presenza di un impatto generalizzato nei confronti della comunità statuale, o nei confronti dello Stato Amministrazione, o la valenza in termini di politica estera»⁹¹. Le tre ipotesi di impatto sono date come alternative, ma gli oggetti degli accordi di riammissione sono tali da richiamare l'operatività di tutte.

Continuando nella disamina delle possibili obiezioni, sicuramente non ostativo pare il *nomen* assegnato agli accordi; se si guarda alla Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati, risulta chiaro come non sia preclusiva la denominazione e come siano eterogenee le modalità di conclusione dell'accordo⁹².

Così come non rileva il fatto che l'accordo rechi la firma di organi amministrativi, il che integra, se trattasi di un accordo di natura politica, non certo una clausola di esclusione dall'applicazione dell'art. 80

⁸⁹ Così si legge su *Firma di un accordo tra Italia e Sudan sul tema migrazione – Comunicato stampa*, in www.onuitalia.it.

⁹⁰ Nel Memorandum d'intesa Italia-Libia del 2017 è scritto, nel preambolo, «al fine di attuare gli accordi sottoscritti tra le Parti in merito...» e, nel testo, è richiamato l'art. 19 del c.d. Trattato di Bengasi del 2008.

⁹¹ Ministero della Difesa, Segretariato Generale e Direzione Nazionale degli Armamenti, *Linee guida relative agli aspetti amministrativi/negoziati in materia di accordi intergovernativi e di intese non governative*, Roma, 15 febbraio 2008, SGD-G-015, reperibile in www.difesa.it, p. 13.

⁹² Convenzione sul diritto dei trattati, Vienna, 23 maggio 1969, autorizzata alla ratifica ed eseguita in Italia con legge 12 febbraio 1974, n. 112 (cfr., rispettivamente, spec., art. 2, lett. a), e artt. 11 ss.).

Cost., bensì, in caso di mancanza della legge di autorizzazione, una sua violazione.

La considerazione dell'oggetto, cui la Costituzione lega la necessità dell'intervento della legge, vale proprio ad evitare che in determinate materie vi siano accordi conclusi in forma semplificata; *a maiori ad minus*, se, pur essendo di «natura politica», non sono conclusi nemmeno dal Governo, ma da rami dell'amministrazione.

I sostenitori della stipulazione delle intese di riammissione in forma *soft* potrebbero ancora argomentare che esse non necessitano di legge di autorizzazione alla ratifica, proprio in quanto appartengono alla sfera della *soft law*, e, dunque, non pretendono di essere giuridicamente vincolanti e di creare dei vincoli a livello internazionale. Quella che sembrerebbe una *double win solution* – la *soft law* non ha bisogno di forme e procedure particolari e tale sua informalità la sottrae ai vincoli ai quali sono soggetti gli atti formali – svela peraltro la propria inconsistenza non appena si considerino gli atti compiuti in ragione di tali accordi: effetti pratici, sì, ma giuridicamente fondati proprio sull'atto che non avrebbe il potere di produrre effetti giuridicamente vincolanti. I sudanesi che hanno presentato un ricorso alla Corte europea dei diritti dell'uomo sono stati, per intenderci, rimpatriati in ottemperanza all'intesa Italia-Sudan del 2016.

Ad adiuvandum, può inoltre aggiungersi che anche in sede di Unione europea le misure relative all'«immigrazione clandestina e soggiorno irregolare, compresi l'allontanamento e il rimpatrio delle persone in soggiorno irregolare» sono demandate alla procedura legislativa ordinaria (art. 79, par. 2, lett. c), TFUE).

Infine, è ipotizzabile l'ascrizione dei trattati di riammissione anche fra quelli che comportano «modificazioni di leggi» e «oneri alle finanze».

L'incidenza sulle leggi esistenti può verificarsi in relazione alla disciplina dell'ingresso e dei rimpatri degli stranieri, modificandola, se pur in riferimento a situazioni particolari⁹³.

Quanto alla riconduzione ai trattati che importano «oneri alle finanze», si consideri come il Memorandum con il Sudan, ad esempio, prevede «la possibilità di offrire alla Parte sudanese, su base annuale, supporto e assistenza tecnica in termini di formazione e di fornitura di mezzi di equipaggiamento, compatibilmente ed entro i limiti della sua

⁹³ ... con una possibile lesione del principio di eguaglianza.

effettiva disponibilità finanziaria» (art. 8, par. 2), nonché che «la Parte italiana si fa carico delle spese derivanti dalle attività svolte dalle autorità diplomatiche/consolari sudanesi in relazione alle interviste alle persone da rimpatriare e al rilascio dei documenti di viaggio d'emergenza sudanesi...».

L'eventuale replica potrebbe avvalersi della specificazione – peraltro frutto di interpretazione – della locuzione «oneri alle finanze» come oneri aggiuntivi rispetto al bilancio dello Stato⁹⁴; potrebbe infatti essere non troppo difficile escludere la necessità della legge di autorizzazione trovando una voce già esistente nel bilancio dello Stato cui imputare le spese.

Nell'ipotesi del Memorandum d'intesa Italia-Libia del 2017, ad esempio, è lo stesso testo a specificare che «la parte italiana provvede al finanziamento delle iniziative menzionate... senza oneri aggiuntivi per il bilancio dello Stato italiano...»⁹⁵.

Resta che, anche in relazione alla categoria dei trattati che comportano «oneri alle finanze», sono necessari due passaggi per evitare di ottemperare all'art. 80 Cost.: una interpretazione restrittiva dell'espressione «oneri alle finanze» ed una estensiva in merito all'iscrizione di nuove spese nel bilancio.

Concludendo sul punto, una volta argomentata l'elusione, ovvero la violazione, dell'art. 80 Cost.⁹⁶, è necessario interrogarsi sulle azioni configurabili.

Invero, *prima facie*, ciò che emerge è la difficile giustiziabilità di tale violazione. Non volendo arrendersi, setacciando nelle maglie dell'ordinamento si possono ipotizzare alcune soluzioni.

Il percorso dotato di un più sicuro fondamento giuridico, quanto a legittimazione del ricorrente e potere di intervento dell'organo adito, è quello che chiama in causa la Corte costituzionale attraverso un conflitto di attribuzione⁹⁷, sollevato dalle Camere (o da una Camera)⁹⁸ nei

⁹⁴ In questo senso, la Circolare del Ministero Affari Esteri, 19 aprile 1995, n. 5, richiamata nelle *Linee guida relative agli aspetti amministrativi/negoziali in materia di accordi intergovernativi*, cit., p. 13.

⁹⁵ Memorandum d'intesa Italia-Libia del 2017, art. 4.

⁹⁶ Per inciso, non si approfondisce in questa sede il punto, ma la conclusione informale dell'accordo è suscettibile di violare anche l'art. 87, c. 8, Cost., laddove si prevede che il Presidente della Repubblica «ratifica i trattati internazionali, previa, quando occorra, l'autorizzazione delle Camere».

⁹⁷ Si "sente" qui la mancanza di un ricorso diretto, sul modello ad esempio del tedesco *Verfassungsbeschwerde*, alla Corte costituzionale.

confronti del Governo, nella classica forma della *vindicatio potestatis*. Se tale percorso è inoppugnabile dal punto di vista giuridico, la prassi mostra però un Parlamento che non reagisce a fronte del suo esautoramento da parte del Governo⁹⁹.

Altra via, alla quale si è già accennato *retro*, potrebbe essere un ricorso contro l'atto amministrativo, sempre che sia dato conoscerlo, per eccesso di potere e/o violazione di legge: un'ipotesi tuttavia piuttosto azzardata che si scontra contro le rigidità e le ristrettezze del processo amministrativo; così come di non facile praticabilità pare la possibilità di far valere la responsabilità civile e penale dei ministri che abbiano stipulato illegittimamente il trattato¹⁰⁰.

La quarta soluzione è esterna all'ordinamento e comporta un ricorso alle corti sovranazionali, *in primis* alla Corte europea dei diritti dell'uomo, nella loro funzione di garanzia dei diritti, scontando però la limitazione del loro intervento al caso *de quo* e la loro difficoltà ad incidere direttamente sull'atto.

Infine potrebbe immaginarsi una nullità, e dunque, una non esecuzione, in quanto *ab origine* illegittimi, dei trattati stipulati in violazione dell'art. 80 Cost., ma chi la può dichiarare?

Si aprono qui anche problematiche connesse al rispetto degli obblighi internazionali (art. 117, c. 1, Cost.) e all'interpretazione dell'art. 46 della Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati¹⁰¹.

Continuiamo però ora con l'enucleazione dei profili di illegittimità costituzionale, sempre in materia di forma dell'atto: la Costituzione

⁹⁸ L'esercizio del potere legislativo «è collettivo, ma la titolarità è di ciascuna di esse» (G. ZAGREBELSKY, V. MARCENÒ, *Giustizia costituzionale*, il Mulino, Bologna, 2012, p. 443).

⁹⁹ Cfr. F. GHERA, *Art. 80*, cit., p. 1571; con specifico riferimento agli accordi di riammissione, C. FAVILLI, *Quali modalità di conclusione*, cit., p. 158.

¹⁰⁰ In tema, cfr. F. GHERA, *Art. 80*, cit., p. 1571.

¹⁰¹ Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati (1969), art. 46: «Il fatto che il consenso di uno Stato a vincolarsi a un trattato sia stato espresso in violazione di una disposizione del suo diritto interno riguardante la competenza a concludere trattati non può essere invocato dallo Stato in questione come viziante il suo consenso, a meno che questa violazione non sia stata manifesta e non riguardi una norma del suo diritto interno di importanza fondamentale». Senza approfondire oltre la questione, ci si limita ad osservare, da un lato, come senza dubbio l'art. 80 Cost. possa rientrare fra le norme di diritto interno «di importanza fondamentale»; dall'altro, come nell'interpretazione dell'art. 46 della Convenzione di Vienna si tenga conto del dato reale relativo alla volontà dell'ordinamento di eseguire il trattato (nel caso di specie degli accordi di riammissione, certo non assente, come prova il rimpatrio dei cittadini sudanesi).

risulta violata, infatti, non solo in relazione all'art. 80, ma anche laddove stabilisce, in materia di condizione giuridica dello straniero, una riserva di legge.

6. Discorrendo di immigrazione, la riserva di legge *ex art. 10, c. 2, Cost.*

Come è noto, l'art. 10, c. 2, Cost., dispone che «la condizione giuridica dello straniero è regolata dalla legge in conformità delle norme e dei trattati internazionali», prevedendo una riserva di legge rinforzata.

Leggiamo alcuni passi dagli accordi citati.

Accordo Italia-Tunisia del 2011: «la Tunisia si impegnava ad accettare il ritorno immediato dei Tunisini giunti irregolarmente in Italia dopo la conclusione dell'accordo. I cittadini tunisini potevano essere rimpatriati attraverso procedure semplificate, che prevedono la semplice identificazione della persona interessata da parte delle autorità consolari tunisine»¹⁰².

Memorandum d'intesa Italia-Sudan del 2016: «Le Parti... promuovono e sviluppano la cooperazione con le seguenti modalità: ... identificazione e rimpatrio dei propri cittadini presenti nel territorio dell'altra Parte in posizione irregolare rispetto alla normativa sull'immigrazione» (art. 4, par. 1, lett. k); «Le competenti autorità sudanesi forniscono assistenza e supporto nell'accertamento della nazionalità dei migranti irregolari, procedendo alla loro identificazione, al fine di consentire alle competenti autorità italiane di eseguire le misure di rimpatrio...»; «per le finalità indicate..., le competenti autorità diplomatiche/consolari del Sudan, su richiesta delle competenti autorità italiane, procedono senza indugio alle interviste delle persone da rimpatriare, al fine di stabilire la loro nazionalità e, sulla base dei risultati del colloquio, senza svolgere ulteriori indagini sulla loro identità, emettono, il prima possibile, documenti di viaggio sudanesi d'emergenza (lasciapassare), consentendo in tal modo alle competenti autorità italiane di organizzare ed eseguire operazioni di rimpatrio...» (art. 9, c. 1 e 2).

¹⁰² CEDU, Grande camera, *Khlaifia e altri c. Italia*, cit., par. 38.

Memorandum d'intesa Italia-Libia del 2017: «Riaffermando la ferma determinazione di cooperare per individuare soluzioni urgenti alla questione dei migranti clandestini che attraversano la Libia per recarsi in Europa via mare, attraverso la predisposizione dei campi di accoglienza temporanei in Libia, sotto l'esclusivo controllo del Ministero dell'Interno libico, in attesa del rimpatrio o del rientro volontario nei paesi di origine...».

È evidente che gli accordi in questione riguardano la condizione giuridica dello straniero¹⁰³. Coerentemente, del resto, la disciplina relativa al controllo delle frontiere e al respingimento è contenuta nel Testo unico delle disposizioni concernenti la disciplina dell'immigrazione e norme sulla condizione dello straniero (D. lgs. 25 luglio 1998, n. 286, capo II, artt. 10 ss.).

Non pare necessario argomentare ulteriormente sul punto; si può tuttavia ricordare come violando la riserva di legge gli effetti collaterali si estendono alla sua *ratio*: assicurare la presenza di una discussione politica che esprima la dialettica maggioranza-opposizioni e la partecipazione, se pur indiretta, dei cittadini attraverso i propri rappresentanti; esercitare una funzione di garanzia, *in primis* a tutela dei diritti, contro possibili abusi perpetrati dal potere esecutivo e contro la discrezionalità della pubblica amministrazione¹⁰⁴.

Il carattere rinforzato della riserva di legge comporta poi anche la possibilità di sindacare il rispetto di quest'ultima sotto il profilo del contenuto, che deve essere conforme alle norme e ai trattati internazionali che riguardano la condizione giuridica dello straniero, i quali, come sostiene la prevalente dottrina, comprendono il diritto internazionale dei diritti umani, essendo lo straniero in primo luogo una persona umana.

Come si vedrà, vi sono sia diritti specifici degli stranieri, come il diritto di asilo, sia classici diritti della persona umana, quale la libertà personale, che possono essere lesi dagli accordi di riammissione.

¹⁰³ Reputa violata la riserva di legge di cui all'art. 10, c. 2, Cost., da parte del Memorandum Italia-Sudan del 2016, ad esempio, ASGI, *Memorandum d'intesa...*, *Guida alla lettura*, cit.; in senso ampio, sulla necessità che gli accordi internazionali in materia di immigrazione rispettino la riserva di legge, C. FAVILLI, *Presentazione*, in *Diritto, immigrazione e cittadinanza*, nn. 1-2/2016, p. 14.

¹⁰⁴ In tema, per tutti, cfr. G. ZAGREBELSKY, *Manuale di diritto costituzionale*, vol. I, *Il sistema delle fonti del diritto*, Utet, Torino, 1988, p. 54.

Muovendo dal diritto internazionale dei diritti umani, può profilarsi altresì una violazione dell'art. 10, c. 1, Cost.¹⁰⁵, laddove le norme che sanciscono diritti sono ascrivibili anche al diritto internazionale consuetudinario¹⁰⁶.

Restano, come osservato a proposito dell'art. 80 Cost., le difficoltà in ordine ad eventuali interventi contro il mancato rispetto della riserva di legge, quali conflitto di attribuzione, azioni di fronte ai tribunali amministrativi e ordinari, ricorsi alle corti sovranazionali a garanzia dei diritti.

7. Il diritto di asilo e il divieto di *refoulement*: l'art. 10, c. 3, Cost.

Gli accordi di riammissione sono suscettibili di incidere anche su un'altra norma costituzionale, che, fra l'altro, stabilisce una riserva di legge, l'art. 10, c. 3, Cost., che sancisce il diritto di asilo. Invero, conviene soffermarsi in questo caso non tanto sul dato della riserva di legge¹⁰⁷, quanto sul dato sostanziale.

Non mancano negli accordi in questione formule a salvaguardia dei diritti umani e, in specifico, del diritto di asilo, quali le seguenti: «pienamente impegnati a promuovere e rispettare i diritti umani..., in conformità al diritto internazionale pertinente e alla Convenzione di Ginevra sullo statuto dei rifugiati del 1951»¹⁰⁸; «le Parti si impegnano ad interpretare ed applicare il presente Memorandum nel rispetto degli obblighi internazionali e degli accordi sui diritti umani di cui i due Paesi siano parte»¹⁰⁹.

Il tenore e il contesto spingono peraltro a chiedersi se espressioni quale quelle citate non siano mere interlocuzioni di rito. In tal senso depone sia la mancanza nel testo di ulteriori esplicitazioni atte a con-

¹⁰⁵ «L'ordinamento giuridico italiano si conforma alle norme del diritto internazionale generalmente riconosciute».

¹⁰⁶ Fermo restando, come si vedrà *infra*, che in tal modo ad essere violate possono essere anche le norme costituzionali che riconoscono i vari diritti della persona umana.

¹⁰⁷ Sulla violazione della riserva di legge, si rinvia alle osservazioni svolte *retro* (par. 6).

¹⁰⁸ Memorandum Italia-Sudan del 2016, preambolo; similmente in art. 1: «le Parti concordano che l'obiettivo del presente Memorandum è quello di promuovere e sviluppare la cooperazione di polizia per la prevenzione e il contrasto alla criminalità nelle sue varie forme. Nell'attuazione della cooperazione, le Parti assicurano e promuovono il pieno rispetto dei diritti umani».

¹⁰⁹ Memorandum d'intesa Italia-Libia del 2017, art. 5.

cretizzare i diritti sia la considerazione dell'obiettivo che costituisce l'essenza degli accordi di riammissione: favorire i rimpatri ed esternalizzare le frontiere.

L'intento è perseguito sia velocizzando le operazioni di identificazione e di rimpatrio sia tentando di delocalizzare i controlli nei Paesi di origine e/o di transito, intervenendo a monte delle migrazioni.

Emblematica è l'insistenza sulla rapidità nel Memorandum d'intesa Italia-Sudan del 2016. Riprendendo un passo citato *retro*: «le competenti autorità diplomatiche/consolari del Sudan... procedono *senza indugio* alle interviste delle persone da rimpatriare, al fine di stabilire la loro nazionalità e, sulla base dei risultati del colloquio, *senza svolgere ulteriori indagini sulla loro identità*, emettono, *il prima possibile*, documenti di viaggio sudanesi d'emergenza» (corsivo mio).

A rendere più spedito il procedimento mira anche, per quanto è dato conoscere, l'Accordo Italia-Tunisia del 2011, che prevede un «ritorno immediato» dei cittadini tunisini giunti irregolarmente in Italia «attraverso procedure semplificate» («la semplice identificazione della persona interessata da parte delle autorità consolari tunisine»)¹¹⁰.

La Corte europea dei diritti dell'uomo, Seconda sezione, si è pronunciata sul punto, su ricorso di tre cittadini tunisini, in relazione al divieto di espulsioni collettive ai sensi dell'art. 4 del Protocollo n. 4 alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo¹¹¹, che recita: «le espulsioni collettive di stranieri sono vietate».

La Seconda sezione della CEDU, che rileva diverse violazioni alla Convenzione¹¹², quanto al profilo che qui interessa, osserva come «la semplice messa in atto di una procedura di identificazione non è sufficiente per escludere l'esistenza di una espulsione collettiva»¹¹³. Fra gli elementi considerati, la Corte cita il fatto che «i decreti di respingimento non contengono alcun riferimento alla situazione personale degli interessati; il Governo non ha prodotto alcun documento che possa

¹¹⁰ CEDU, Grande camera, *Khlaifia e altri c. Italia*, cit., par. 38.

¹¹¹ Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, Roma, 4 novembre 1950, ratificata ed eseguita in Italia con legge 4 agosto 1955, n. 848.

¹¹² Una efficace sintesi della sentenza è in *Diritto penale contemporaneo* (A. GILIBERTO, *Lampedusa: la Corte Edu condanna l'Italia per la gestione dell'emergenza sbarchi nel 2011*, 16 ottobre 2015, in www.penalecontemporaneo.it).

¹¹³ CEDU, Seconda sezione, *Khlaifia e altri c. Italia*, ricorso n. 16483/12, sentenza 1 settembre 2015, par. 156.

provare che i colloqui individuali che vertevano sulla situazione specifica di ogni ricorrente si sarebbero svolti prima dell'adozione di questi decreti; numerose persone aventi la stessa origine hanno conosciuto, all'epoca dei fatti contestati, la stessa sorte dei ricorrenti»¹¹⁴, considerando altresì in maniera specifica come gli accordi bilaterali con la Tunisia «non sono stati resi pubblici e prevedevano il rimpatrio dei migranti irregolari tunisini tramite procedure semplificate, sulla base della semplice identificazione della persona interessata da parte delle autorità consolari tunisine»¹¹⁵. Il giudice conclude quindi «che l'allontanamento dei ricorrenti ha avuto un carattere collettivo contrario all'articolo 4 del Protocollo n. 4. Pertanto, vi è stata violazione di questa disposizione»¹¹⁶.

La Grande camera, invero, ribalta sul punto la decisione di primo grado, ritenendo che «in definitiva, nella presente causa i ricorrenti sono stati identificati in due riprese, è stata stabilita la loro cittadinanza, e hanno avuto una possibilità reale ed effettiva di invocare gli argomenti che si opponevano alla loro espulsione. Pertanto non vi è stata violazione dell'articolo 4 del Protocollo n. 4»¹¹⁷. Tale conclusione consente anche alla Corte di non pronunciarsi sull'accordo italo-tunisino e, in specie, come specifica lo stesso giudice, sulla possibilità di considerare tale accordo, «che non è stato reso pubblico», «un accordo “di riammissione” nel senso della “direttiva rimpatri”»¹¹⁸.

Non vi sono dubbi, peraltro, sul fatto che dal diritto di asilo discenda *in primis* – prescindendo qui dalla considerazione che la disciplina in tema di protezione internazionale non può ritenersi esaustiva rispetto all'art. 10, c. 3, Cost.¹¹⁹ – il diritto effettivo a chiedere la protezione

¹¹⁴ La Corte (Seconda sezione, *Khlaifia e altri c. Italia*, cit., par. 53) ricorda come, pur non essendo l'accordo stato reso pubblico, vi sono stati «rimpatri quotidiani dei migranti tunisini» arrivati in Italia dopo la conclusione dell'accordo, con «cifre comprese tra 30 e 60 rimpatri al giorno».

¹¹⁵ CEDU, Seconda sezione, *Khlaifia e altri c. Italia*, cit., par. 156.

¹¹⁶ CEDU, Seconda sezione, *Khlaifia e altri c. Italia*, cit., par. 158.

¹¹⁷ CEDU, Grande camera, *Khlaifia e altri c. Italia*, cit., par. 254.

¹¹⁸ CEDU, Grande camera, *Khlaifia e altri c. Italia*, cit., par. 255.

¹¹⁹ Nonostante nella prassi e in parte della dottrina vi sia una sovrapposizione fra *status* di rifugiato e asilo costituzionale, è palese la differenza di presupposti, quale, per citare il più macroscopico, la non richiesta dell'elemento della “persecuzione” da parte dell'art. 10, c. 3, Cost. (con la maggior ampiezza che ne consegue); in tema, *ex plurimis*, G. BASCHERINI, *Immigrazione e diritti fondamentali. L'esperienza italiana tra storia costituzionale e prospettive europee*, Jovene, Napoli, 2007 (spec. pp. 176-177); M. BENVENUTI, *Il diritto di asilo nell'ordinamento costituzionale italiano*, Cedam, Padova, 2007.

internazionale e a permanere sul territorio sino alla pronuncia sulla relativa domanda.

Come è stato osservato in relazione alla c.d. “politica dei respingimenti” in alto mare, nella fattispecie legata agli accordi Italia-Libia, ciascun migrante «avrebbe dovuto essere oggetto di specifica verifica circa la sua posizione giuridica individuale, avrebbe dovuto essere informato, in una lingua a lui comprensibile, del suo diritto a presentare una domanda di asilo o di protezione internazionale ai sensi dei d.lgs. n. 251/2007 e 25/2008, e del suo diritto a restare in Italia fino alla definizione della sua domanda»¹²⁰.

L'ultimo capitolo delle relazioni con la Libia, il Memorandum d'intesa Italia-Libia del 2017 rappresenta, invece, un esempio perfetto di esternalizzazione laddove ragiona di «predisposizione dei campi di accoglienza temporanei in Libia» quale soluzione per i migranti che attraversano la Libia con il progetto di recarsi via mare in Europa. L'accordo Italia-Tunisia del 2011, dal canto suo, contiene l'impegno per la Tunisia di «rafforzare il controllo delle sue frontiere allo scopo di evitare nuove partenze di clandestini, con l'aiuto di mezzi logistici messi a sua disposizione dalle autorità italiane»¹²¹.

Ora, è difficile negare che identificazioni celeri e/o appaltate a Paesi terzi possano incidere sulla possibilità – effettiva – di chiedere il riconoscimento dello *status* di rifugiato¹²².

Senza alcun dubbio, poi, si registra una violazione del diritto di asilo nell'ipotesi nella quale lo Stato parte dell'accordo non abbia nemmeno sottoscritto la Convenzione di Ginevra e/o non garantisca, al di là della ratifica, il rispetto dei diritti.

La Corte europea dei diritti dell'uomo, adita da undici cittadini somali e tredici cittadini eritrei intercettati in alto mare e, in ragione degli accordi bilaterali con la Libia, trasferiti direttamente in tale Stato¹²³, è netta nel rammentare «che l'esistenza di testi interni e la ratifi-

¹²⁰ Così E. GROSSO, *I respingimenti in mare: quando i Governi tentano di sottrarsi alla fatica di prendere i diritti sul serio*, in *Dir. Pubbl. Comp. ed Europeo*, n. III/2009, p. XXII.

¹²¹ CEDU, Grande camera, *Khlaifia e altri c. Italia*, cit., par. 37.

¹²² In questo senso cfr. F. LENZERINI, *Asilo e diritti umani. L'evoluzione del diritto d'asilo nel diritto internazionale*, Giuffrè, Milano, 2009, p. 569, che considera, a proposito degli accordi conclusi con i Paesi di provenienza e/o di transito dei flussi migratori, come essi non violano il diritto di asilo «a patto però che, naturalmente, essi non si risolvano nel respingimento sommario...».

¹²³ È l'anno, il 2009, nel quale è inaugurata la c.d. “politica dei respingimenti”.

ca di trattati internazionali che sanciscono il rispetto dei diritti fondamentali non sono sufficienti, da soli, a garantire un'adeguata tutela dal rischio di maltrattamenti»¹²⁴. Nella fattispecie il giudice di Strasburgo ravvisa la presenza di «fonti affidabili» che rappresentano «prassi delle autorità – o da queste tollerate – manifestamente contrarie ai principi della Convenzione»: diversi rapporti mostrano come «durante il periodo in questione in Libia non veniva rispettata nessuna norma di tutela dei rifugiati; tutte le persone entrate nel paese con mezzi irregolari erano considerate clandestine, senza alcuna distinzione tra i migranti irregolari e i richiedenti asilo» ed «erano sistematicamente arrestate e detenute in condizioni... inumane»¹²⁵. Gli stessi rapporti – prosegue la Grande camera – provano come «i migranti clandestini sbarcati in Libia dopo l'intercettazione in alto mare da parte dell'Italia, quali i ricorrenti, non sfuggivano a questi rischi», donde la violazione dell'art. 3 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo¹²⁶: con il trasferimento in Libia le autorità italiane hanno esposto i ricorrenti «con piena cognizione di causa a trattamenti contrari alla Convenzione»¹²⁷.

Nella sentenza *Hirsi Jamaa e altri c. Italia* è richiamato il divieto di *refoulement*, principio che nasce in simbiosi con la proclamazione del diritto di asilo, ma – come evidenzia la correlazione che il giudice di Strasburgo stabilisce con l'art. 3 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo¹²⁸ – tutela qualsiasi persona umana, a prescindere dal fatto che sia rifugiato o intenda ottenerne lo *status*.

¹²⁴ CEDU, Grande camera, *Hirsi Jamaa e altri v. Italia*, ricorso n. 27765/09, sentenza 23 febbraio 2012, par. 128; per una sintesi e una prima analisi della sentenza, cfr. V. MACCIONI, *Respingimenti in mare e diritti umani dei migranti*, in *Dir. Pubbl. Comp. ed Europeo*, n. II/2012, pp. 740 ss.

¹²⁵ CEDU, Grande camera, *Hirsi Jamaa e altri v. Italia*, cit., parr. 128 e 125.

¹²⁶ «Nessuno può essere sottoposto a tortura nè a pene o trattamenti inumani o degradanti».

¹²⁷ CEDU, Grande camera, *Hirsi Jamaa e altri v. Italia*, cit., parr. 126 e 137.

¹²⁸ La Corte europea applica in proposito la c.d. dottrina “*par ricochet*”, valorizzando le implicazioni indirette presenti nelle norme convenzionali; nel caso di specie, per l'appunto, deducendo dal divieto di tortura e trattamenti inumani o degradanti (art. 3 Conv.), il principio di *non-refoulement*. La giurisprudenza sul punto è consolidata; *ex multis*, cfr. *Soering c. Regno Unito*, sentenza 7 luglio 1989, ricorso n. 14038/88; *Vilvarajah e altri c. Regno Unito*, 30 ottobre 1991, ricorsi nn. 13163/87; 13164/87; 13165/87; 13447/87; 13448/87; *Chahal c. Regno Unito*, sentenza 15 novembre 1996, ricorso n. 22414/93; *H.L.R. c. Francia*, sentenza 29 aprile 1997, ricorso n. 4573/94; *Ahmed c. Austria*, sentenza 17 dicembre 1996, ricorso n. 25964/94; *Salah Sheekh c. Paesi Bassi*, sentenza 11 gennaio 2007, ricorso n. 1948/04.

La natura degli accordi di riammissione li rende quasi intrinsecamente suscettibili di entrare in collisione con tale principio, che, come è noto, risulta sancito in numerosi trattati internazionali¹²⁹ e regionali¹³⁰ e parte del diritto internazionale consuetudinario, anche nella sua accezione di *ius cogens*¹³¹ (con la conseguente violazione, in caso di mancato rispetto del principio, anche dell'art. 10, c. 1, Cost.).

La formulazione capostipite è quella di cui all'art. 33, par. 1, della Convenzione di Ginevra relativa allo *status* dei rifugiati del 1951: «nessuno Stato Contraente espellerà o respingerà, in qualsiasi modo, un rifugiato verso i confini di territori in cui la sua vita o la sua libertà sarebbero minacciate a motivo della sua razza, della sua religione, della sua cittadinanza, della sua appartenenza a un gruppo sociale o delle sue opinioni politiche».

Nell'ordinamento italiano, il Testo unico sull'immigrazione del 1998 stabilisce che «in nessun caso può disporsi l'espulsione o il respingimento verso uno Stato in cui lo straniero possa essere oggetto di persecuzione per motivi di razza, di sesso, di lingua, di cittadinanza, di religione, di opinioni politiche, di condizioni personali o sociali, ovvero possa rischiare di essere rinvio verso un altro Stato nel quale non sia protetto dalla persecuzione»¹³². Il principio di *non-refoulement*, peraltro, gode altresì di una copertura costituzionale, configurandosi come una estrinsecazione del diritto di asilo. Esso «ha carattere assoluto ed inderogabile» e senza dubbio la sua operatività non può essere limitata attraverso accordi internazionali bilaterali con Paesi terzi, quali quelli di riammissione¹³³.

L'inderogabilità e l'assolutezza – in perfetta coerenza con una norma costituzionale sul diritto d'asilo che ragiona di «effettivo impe-

¹²⁹ *Ex multis*, Convenzione delle Nazioni Unite contro la tortura e altre pene o trattamenti, crudeli, inumani o degradanti, New York, 10 dicembre 1984, art. 3.

¹³⁰ Si veda, ad esempio, Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, art. 19; in argomento, cfr., recentemente, anche per ulteriori indicazioni bibliografiche, A. LANG, *Il divieto di refoulement tra CEDU e Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, in S. AMADEO, F. SPITALERI (a cura di), *Le garanzie fondamentali dell'immigrato in Europa*, Giappichelli, Torino, 2015.

¹³¹ Sull'ascrizione del principio di *non-refoulement* fra le norme di *ius cogens*, cfr. J. ALLAIN, *The jus cogens nature of non-refoulement*, *International Journal of Refugee Law*, n. 4/2001, pp. 533 ss.; F. LENZERINI, *Asilo e diritti umani*, cit., spec. pp. 378 ss.

¹³² D. lgs. n. 286 del 1998, art. 19, c. 1.

¹³³ E. GROSSO, *I respingimenti in mare*, cit., p. XVII.

dimento»¹³⁴ – operano non solo in relazione al dato formale, ma guardando all’effettività: uno Stato è sicuro quando garantisce *effettivamente* una tutela al richiedente asilo o al rifugiato. Un approccio – quello fondato sulla garanzia concreta – che è una costante nella giurisprudenza della Corte di Strasburgo¹³⁵.

La Corte europea dei diritti dell’uomo, così come la Corte di giustizia UE, hanno precisato, ad esempio, che non esiste una presunzione assoluta di sicurezza nemmeno per gli Stati membri dell’Unione europea¹³⁶.

Il principio di *non-refoulement*, sempre nella prospettiva di una tutela effettiva, estende poi la sua copertura al caso del rimpatrio indiretto. Lo Stato di (primo) rinvio, cioè, deve fornire sufficiente garanzia in ordine al fatto che non respingerà i migranti verso Paesi nei quali sussista il rischio che siano soggetti a trattamenti vietati dall’art. 3 Conv.: «è lo Stato che procede al respingimento a doversi assicurare che il Paese intermedio offra garanzie sufficienti che permettano di evitare che la persona interessata venga espulsa verso il suo Paese di origine senza valutare il rischio cui va incontro»¹³⁷. Un altro profilo, quello del rimpatrio indiretto, per il quale il giudice di Strasburgo, nella sentenza *Hirsi Jamaa e altri v. Italia*, ha ritenuto l’Italia colpevole di violazione dell’art. 3 Conv.: «la Corte ritiene che, al momento di trasferire i ricorrenti verso la Libia, le autorità italiane sapevano o dovevano sapere che non esistevano garanzie sufficienti a tutelare gli interessati

¹³⁴ ...in un edificio, quello della Costituzione del 1948, che della tutela *effettiva* dell’eguaglianza, della partecipazione e dei diritti, fa le sue fondamenta.

¹³⁵ Oltre la sentenza *Hirsi Jamaa e altri v. Italia* citata *ante*, per limitarsi ad un altro esempio riguardante l’Italia, si veda, *ex plurimis*, CEDU, Seconda sezione, *Saadi c. Italia*, sentenza del 28 febbraio 2008, ricorso n. 37201/06.

¹³⁶ In questo senso, per la giurisprudenza CEDU, cfr., fra le altre, Grande camera, *M.S.S. v. Belgio e Grecia*, sentenza del 21 gennaio 2011, ricorso n. 30696/09; per la giurisprudenza comunitaria, Corte di giustizia dell’Unione europea (Grande sezione), cause riunite C-411/10, *N.S. v. Secretary of State for the Home Department*, e C-493/10, *M.E. e altri. v. Refugee Applications Commissioner Minister for Justice, Equality and Law Reform*, sentenza del 21 dicembre 2011. Non mancano anche pronunciamenti della giurisprudenza ordinaria sul non rinvio, in ottemperanza al principio di *non-refoulement*, in un altro Paese UE (per alcuni esempi, cfr. N. PARISI, D. RINOLDI, *La protezione dello straniero nello spazio giuridico europeo: il contributo della giurisprudenza internazionale e nazionale. Un nuovo approccio nel “vecchio continente?”*, in *Questione Giustizia*, Seminario nazionale, Catania, 20-21 febbraio 2015, in www.questionegiustizia.it).

¹³⁷ Così, CEDU, Grande camera, *Hirsi Jamaa e altri v. Italia*, cit., par. 147, che riprende una giurisprudenza consolidata.

dal rischio di essere rinviati arbitrariamente nei loro Paesi di origine»¹³⁸.

Senza approfondire qui oltre il tema, si può infine osservare come, fatte salve alcune eccezioni, come motivi attinenti alla sicurezza pubblica¹³⁹, il divieto di *refoulement* tutela – come si è anticipato – non solo chi è stato riconosciuto come rifugiato ma anche la persona che chiede o intende chiedere il riconoscimento dello stato di rifugiato o potrebbe invocarlo in futuro¹⁴⁰, ovvero in senso ampio la persona umana.

La *ratio* della norma, infatti, è, come traspare chiaramente dalla giurisprudenza della CEDU che collega il principio di *non-refoulement* all'art. 3 Conv., tutelare la vita e la libertà di ciascuna persona, il che comporta che titolare ne è qualsiasi persona umana, a prescindere dal possesso o dalla volontà di ottenere lo *status* di rifugiato.

Concludendo sul rapporto fra accordi di riammissione *soft* e diritto di asilo, si può notare come, in presenza di violazioni del secondo da parte dei primi, siano configurabili diversi rimedi.

Da un lato, possono ipotizzarsi ricorsi a tutela del diritto di asilo sia come diritto a richiedere la protezione internazionale sia come divieto di *refoulement*; ricorsi da proporre al giudice ordinario, così come alla Corte europea dei diritti dell'uomo. Invero, non si tratta in tali casi solo di ipotesi, stante il peso e la numerosità delle pronunce del giudice di Strasburgo sul punto.

Dall'altro, pur non addentrandosi nella descrizione del diritto comunitario sulla protezione internazionale, si può configurare, alla luce di norme come gli articoli 18 e 19 della Carta dei diritti fondamentali, gli articoli 67, par. 2, e 78 TFUE, nonché regolamenti e direttive, quali il c.d. regolamento Dublino III¹⁴¹ e la direttiva 2013/32/UE¹⁴²,

¹³⁸ CEDU, Grande camera, *Hirsi Jamaa e altri v. Italia*, cit., par. 156.

¹³⁹ Cfr. Convenzione relativa allo *status* di rifugiato, cit., art. 33, par. 2.

¹⁴⁰ Così, *ex multis*, F. RESCIGNO, *Il diritto di asilo*, Carocci, Roma, 2011, p. 92.

¹⁴¹ Regolamento n. 604/2013 del Parlamento europeo e del Consiglio del 26 giugno 2013 che stabilisce i criteri e i meccanismi di determinazione dello Stato membro competente per l'esame di una domanda di protezione internazionale presentata in uno degli Stati membri da un cittadino di un paese terzo o da un apolide (rifusione) (GUUE 29.06.2013, L 180/31).

¹⁴² Direttiva 2013/32/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 giugno 2013, recante procedure comuni ai fini del riconoscimento e della revoca dello status di protezione internazionale.

l'apertura di una procedura di infrazione in sede UE *ex art.* 258 ss. TFUE, con la relativa possibilità di una pronuncia della Corte di giustizia UE, nonché l'intervento di quest'ultima sulla base di un rinvio pregiudiziale¹⁴³.

Sempre mantenendo come parametro il diritto comunitario, si potrebbe infine anche ragionare intorno alla possibilità – e qui l'attenzione si appunta non tanto, o non solo, sulla violazione del diritto del singolo, quanto sulla legittimità dell'atto – che il giudice (italiano) non applichi le norme di cui all'accordo di riammissione *soft* in ipotesi contrastanti con le norme comunitarie in materia di protezione internazionale, disapplicandole in virtù del primato del diritto comunitario.

Dal punto di vista dell'ordinamento interno, sull'atto (amministrativo), potrebbe immaginarsi un intervento del giudice ordinario o amministrativo, con una pronuncia in relazione all'art. 10, c. 3, Cost., mentre la natura del giudizio costituzionale non consente di prefigurare una pronuncia della Corte costituzionale che, assumendo come parametro l'art. 10, c. 3, Cost., colpisca l'accordo di riammissione, stante la sua natura non legislativa. L'impossibilità di intervento del giudice costituzionale, invero, presenta caratteri paradossali: la violazione inerente la forma dell'atto rende impermeabile l'atto anche rispetto alle violazioni che lo stesso può compiere in relazione al suo contenuto.

8. Esternalizzazione delle frontiere, persona umana e diritti costituzionali

Gli accordi di riammissione mettono a rischio – si è detto – il principio di *non-refoulement* e ciò può comportare il mancato rispetto non solo del diritto di asilo, bensì anche della dignità umana e dei diritti inviolabili dell'uomo (art. 2 Cost)¹⁴⁴, esponendo la persona a rischi per

¹⁴³ Le cause citate *ante*, C-411/10 e C-493/10, vertevano proprio su due domande di pronuncia pregiudiziale sollevate nell'ambito di una serie di controversie tra richiedenti asilo da rinviare in Grecia in applicazione del regolamento (CE) del Consiglio del 18 febbraio 2003, n. 343, e le autorità, rispettivamente, di Regno Unito e Irlanda.

¹⁴⁴ Si veda, ad esempio, in relazione al Memorandum d'intesa Italia-Libia, F. SCUTO, *Immigrazione: l'accordo Italia-Libia e la Dichiarazione del Consiglio europeo di Malta*, in Centro Studi sul federalismo, *Commenti*, n. 101 – 13 febbraio 2017: «il tema del rispetto dei

la vita, a tortura e/o trattamenti inumani e degradanti, così come a violazioni della libertà personale, della libertà di manifestazione del pensiero, o di religione, etc.

Può profilarsi ovviamente anche una violazione della libertà di circolazione transnazionale, la quale *par excellence* costituisce terreno di scontro diretto fra soggettività internazionale dell'individuo e soggettività/sovranità dello Stato. In proposito, senza entrare in un tema che richiederebbe un altro intervento, basti ricordare come il carattere impari dello scontro si rifletta nell'asimmetria che sin dai tempi di Francisco Vitoria ha accompagnato lo *ius migrandi* e nel potere discrezionale dello Stato di controllare i propri confini, relegando opzioni come l'apertura delle frontiere tra le utopie (se pur con – almeno sino ad oggi – due eccezioni: il diritto di asilo e il divieto di *refoulement*).

In secondo luogo, una violazione dei diritti quali la vita, il divieto di tortura, la libertà personale, etc., può realizzarsi con l'esternalizzazione delle frontiere, ovvero demandando a Stati terzi controlli, identificazioni, eventuale tutela dei rifugiati, i quali possono avvenire senza il rispetto dei diritti umani.

Quando gli accordi sono conclusi con Stati non democratici o dittature, è (quasi) una certezza la violazione dei diritti: sono accordi che non dovrebbero esistere, *icto oculi* illegittimi.

Si può sostenere che lo Stato italiano nel momento in cui stringe accordi con Paesi autoritari, che non rispettano i diritti umani, ed espone, in conseguenza di tali accordi, dei migranti a violazioni dei loro diritti, si rende responsabile in via indiretta.

In questo senso intese come quelle con il Sudan non dovrebbero *ab origine* essere negoziate; oltre i rapporti delle ONG che si occupano di diritti umani¹⁴⁵, sul carattere autoritario del Sudan, netto è ad esempio *The Economist* (*Intelligence Unit*), che nel *Democracy Index* 2016¹⁴⁶

diritti umani è del tutto marginale nel memorandum d'intesa», «è uno dei punti critici dell'accordo». I. GJERGJI, *Sulla governance delle migrazioni*, cit., p. 106, ragiona di negazione della soggettività giuridica degli immigrati «gestiti – respinti, espulsi, trattenuti o accolti – sulla base di intese riservate e informali, adottate *just in time*, nelle stanze chiuse di polizie e ministeri».

¹⁴⁵ Per tutte, cfr. Amnesty International, sezione Countries – Sudan, sul sito www.amnesty.org.

¹⁴⁶ Consultabile sul sito www.eiu.com.

colloca il Sudan fra i regimi (stabilmente) autoritari, con un indice, nel 2016, di 2.37 su 10¹⁴⁷.

In terzo luogo, gli accordi di riammissione possono introdurre – in quanto in forma *soft* senza nemmeno la necessaria base legale – modalità di identificazione e di rimpatrio che violano diritti costituzionali. Si pensi ad esempio a forme di trattenimento e/o di accompagnamento, quali quelle connesse con il rimpatrio, che incidono sulla libertà personale, che può essere limitata solo nei limiti e con le garanzie di cui all'art. 13 Cost.

La Corte europea, a proposito dell'accordo Italia-Tunisia del 2011, afferma, nella sentenza *Khlaifia e altri c. Italia*, che nel caso di specie «il trattenimento dei ricorrenti era privo di base giuridica nel diritto italiano», «la privazione della libertà dei ricorrenti non soddisfaceva il principio generale della certezza del diritto e contrastava con lo scopo di proteggere l'individuo dall'arbitrarietà», concludendo che «pertanto tale privazione della libertà non può essere considerata “regolare” ai sensi dell'articolo 5 § 1 della Convenzione», la cui violazione risulta dunque acclarata¹⁴⁸.

Elemento cardine del percorso argomentativo della Corte è proprio la forma *soft* degli accordi¹⁴⁹: «nella misura in cui il Governo considera che la base giuridica per il soggiorno dei ricorrenti sull'isola di Lampedusa fosse l'accordo bilaterale concluso con la Tunisia nell'aprile 2011 (...), la Corte osserva anzitutto che il testo integrale di tale accordo non era stato reso pubblico. Esso non era dunque accessibile agli interessati, che non potevano pertanto prevedere le conseguenze della sua applicazione (...). Inoltre, il comunicato stampa pubblicato sul sito internet del Ministero dell'Interno italiano il 6 aprile 2011 si limitava a menzionare un potenziamento del controllo delle frontiere e la possibilità di un rinvio immediato dei cittadini tunisini

¹⁴⁷ Come risulta dal sito www.infographics.economist.com/2017/DemocracyIndex. Per inciso, non migliore è il risultato della Libia, che si attesta nel 2016 su un 2.25 (sono numeri che, ferme restando perplessità sulla veridicità di tali rapporti, non lasciano adito a molti dubbi sul carattere autoritario degli Stati considerati).

¹⁴⁸ CEDU, Grande camera, *Khlaifia e altri c. Italia*, cit., parr. 104, 107 e 108.

¹⁴⁹ *Contra*, peraltro, in questo caso, la giurisprudenza CEDU che tende ad interpretare in maniera estensiva (per non dire, magnanima), il riferimento alla base legale, utilizzando un approccio sostanziale e non formale, ricomprendendovi dunque anche atti come circolari, regolamenti, etc., il che, invero, solleva più di un dubbio stante la *ratio* del riferimento alla legge in tema di limitazioni di diritti (*ex multis*, cfr. CEDU, Grande camera, *Leyla Sahin c. Turchia*, sentenza 10 novembre 2005, ricorso n. 44774/98, par. 88).

mediante procedure semplificate (...). Esso non conteneva invece alcun riferimento alla possibilità di un trattenimento amministrativo e alle relative procedure»¹⁵⁰. Prosegue quindi il giudice, rilevando come «in queste circostanze, è difficile comprendere come le poche informazioni disponibili per quanto riguarda gli accordi conclusi in vari momenti tra l'Italia e la Tunisia avrebbero potuto costituire una base giuridica chiara e prevedibile per il trattenimento dei ricorrenti», per cui denuncia una «ambiguità legislativa» che «ha dato luogo a numerose situazioni di privazione della libertà *de facto*, in quanto il trattenimento in un CSPA sfugge al controllo dell'autorità giudiziaria, il che, anche nell'ambito di una crisi migratoria, non può conciliarsi con lo scopo dell'articolo 5 della Convenzione: assicurare che nessuno sia privato della sua libertà in maniera arbitraria»¹⁵¹.

Attraverso la tutela dei diritti, la Corte di Strasburgo “condanna” la forma *soft* di conclusione degli accordi.

Sul trattenimento dei richiedenti asilo¹⁵² si pronuncia anche la Corte di giustizia, su domanda di pronuncia pregiudiziale proposta dalla Corte suprema amministrativa della Repubblica ceca, interpretando il regolamento Dublino III¹⁵³, in relazione agli artt. 2, lett. n), e 28, par. 2¹⁵⁴. Nella sentenza il giudice comunitario chiarisce che «il trattenimento dei richiedenti, costituendo un'ingerenza grave nel loro diritto alla libertà, è soggetto al rispetto di garanzie rigorose, vale a dire, la sussistenza di un fondamento normativo, la chiarezza, la prevedibilità,

¹⁵⁰ CEDU, Grande camera, *Khlaifia e altri c. Italia*, cit., par. 102.

¹⁵¹ CEDU, Grande camera, *Khlaifia e altri c. Italia*, cit., par. 103 e 106; sulla privazione della libertà *de facto*, cfr. *ivi*, par. 67, dove la Corte riporta le risultanze delle indagini compiute dalla commissione straordinaria per i diritti umani del Senato italiano, che il 6 marzo 2012 ha approvato un rapporto “sullo stato dei diritti umani negli istituti penitenziari e nei centri di accoglienza e trattenimento per i migranti in Italia”, constatando, a proposito del CSPA di Lampedusa dove erano stati trattenuti i ricorrenti, il «trattenimento prolungato», l'«impossibilità di comunicare con l'esterno» e la «mancanza di libertà di movimento».

¹⁵² Nel caso di specie, il trattenimento è disposto, dalla legislazione nazionale, nell'ipotesi di un «rischio notevole di fuga» (sulla base di criteri obiettivi stabiliti dalla legge) del richiedente asilo oggetto di una procedura di trasferimento, previa valutazione caso per caso e solo se il trattenimento sia proporzionale e non possano essere efficacemente applicate altre misure alternative meno coercitive (art. 28, c. 2, e art. 2, lett. n), reg. n. 604/2013, cit.).

¹⁵³ Regolamento (UE) n. 604/2013, cit.

¹⁵⁴ Corte di giustizia, Seconda sezione, sentenza del 15 marzo 2017, *Policie ČR, Krajské ředitelství policie Ústeckého kraje, odbor cizinecké policie contro Salah Al Chodor e a.*, causa C-528/15.

l'accessibilità e la protezione contro l'arbitrarietà», requisiti che possono essere soddisfatti solo da «una norma di portata generale», «un atto cogente e prevedibile nella sua applicazione»¹⁵⁵.

Un accordo di riammissione concluso in forme *soft*, e spesso segreto, – si può annotare – certo non costituisce né «un atto cogente» né una norma «prevedibile nella sua applicazione» e, dunque, ogni forma di trattenimento disposta sulla sua base è illegittima.

I due esempi citati mostrano come, al di là della possibilità di ricorsi interni al singolo ordinamento, assumano un rilievo crescente nel delineare uno standard minimo di tutela dei diritti umani (dei migranti) le corti sovranazionali¹⁵⁶.

In ipotesi, poi, quanto accade lungo le rotte dei migranti, con migliaia di persone scomparse nel Mediterraneo o respinte verso Paesi che definire «insicuri» è eufemistico, potrebbe legittimare un intervento, oltre che delle corti nazionali ed europee, anche della Corte penale internazionale: in quanto le politiche di respingimento e riammissione possono integrare dei crimini contro l'umanità¹⁵⁷, i responsabili di tali politiche potrebbero essere deferiti alla Corte.

Occorre peraltro interrogarsi sul senso di demandare alle corti la costruzione del muro, questa volta dei diritti, quale confine invalicabile di politiche, delle quali gli accordi di riammissione rappresentano l'emblema, che leggono le persone in movimento come flusso da controllare, *alias* respingere.

9. Osservazioni conclusive: la Costituzione e la palude

Invero, si può osservare come la Costituzione, sia in quanto pone le fondamenta di un edificio giuridico democratico sia in quanto garantisce a ciascuna persona i «diritti inviolabili», fornisce gli anticorpi ne-

¹⁵⁵ Corte di giustizia, Seconda sezione, sentenza del 15 marzo 2017, cit., parr. 40-43.

¹⁵⁶ Ciò vale non solo per il continente europeo, ma, ad esempio, anche per il ruolo svolto nell'America Latina dalla Corte interamericana dei diritti umani (di questa Corte, sulla detenzione dei migranti e le garanzie da riconoscere ai rifugiati, cfr. caso *Vélez Loor vs. Panamá*, sentenza 23 novembre 2010; caso *Familia Pacheco Tineo vs. Estado Plurinacional de Bolivia*, sentenza 25 novembre 2013, reperibili in www.corteidh.or.cr).

¹⁵⁷ Cfr. Statuto della Corte penale internazionale, adottato a Roma il 17 luglio 1998 (in vigore dal 1 luglio 2002), art. 7 (autorizzato alla ratifica ed eseguito in Italia con legge 12 luglio 1999, n. 232).

cessari a smantellare la politica delle esternalizzazioni e dei rimpatri rapidi.

Accanto alla casa della Costituzione, con il suo diritto democratico e la sua eguaglianza nei diritti, dilaga però una zona paludosa di *soft law* dove i diritti sprofondano e le persone annegano.

L'estendersi della palude rende sempre più inaccessibile l'ingresso al territorio della Costituzione e ne mina le fondamenta, indebolendo la solidità democratica.

I giudici, nel loro ruolo di garanti del diritto e dei diritti, quando ciò non è inibito dalla mancanza di pubblicità e dalla evanescenza delle forme, gettano qualche ponte, ma è lo spazio della politica che deve bonificare la palude, mostrando (o meno) che la Costituzione, così come il fragile edificio dei diritti umani, europeo e mondiale, resiste.

L'azione dei giudici, in altri termini, può avvalorare il principio della limitazione del potere attraverso la separazione, dimostrando come esso consenta all'edificio democratico di fronteggiare alcuni smottamenti, palesando anzi per tale via la solidità della sua costruzione, ma se la frana è estesa solo un'attività di consolidamento da parte delle forze politiche, e della società, può mantenerlo in piedi.

La volatilità di un (non)-diritto *soft* aggira, più che aggredire frontalmente; crea spazi e procedure *altri*, che, nella nebulosità dei non-luoghi e nell'inconsistenza delle forme, sfuggono a responsabilità politiche e giudiziarie.

L'immigrazione, dunque, si pone quale campo di prova e cartina di tornasole sia per l'effettività dei diritti, come diritti universali e come diritti costituzionali¹⁵⁸, sia per l'ancoraggio dei processi decisionali e normativi ai parametri propri di una democrazia, sia per la tenuta della Costituzione.

Diritti dimidiati e impediti, procedure decisionali opache e *soft law*, Costituzione fondata sull'inclusione e sull'emancipazione sociale ma *per pochi*, confini presidiati e delocalizzati per negare diritti: una de-

¹⁵⁸ Tornano attuali – anche perché le tragedie dell'Africa di oggi molto devono all'opera dei Paesi europei di ieri – le parole di Frantz Fanon: «Lasciamo quest'Europa che non la finisce più di parlare dell'uomo pur massacrandolo dovunque lo incontra, a tutti gli angoli delle stesse sue strade, a tutti gli angoli del mondo. Sono secoli che l'Europa ha arrestato la progressione degli altri uomini e li ha asserviti ai suoi disegni e alla sua gloria; secoli che in nome d'una pretesa "avventura spirituale", soffoca la quasi totalità dell'umanità...» (F. FANON, *I dannati della terra*, Einaudi, Torino, 1962, p. 240).

mocrazia sempre più escludente all'esterno e all'interno, ovvero un ossimoro, una «promessa non mantenuta»¹⁵⁹, una maschera per l'oligarchia (del finanzia-capitalismo¹⁶⁰, *ça va sans dire*).

Gli accordi di riammissione *soft* con il loro *do ut des* che assegna un prezzo ai diritti e alle persone¹⁶¹ si inseriscono in modo coerente in un paradigma postdemocratico¹⁶², nella tensione al profitto e nella flessibilità della *global economic governance*: una struttura spesso impalpabile ma dalle maglie di acciaio che nella tensione a produrre profitto e potere, stritola con una morbidezza da *boa constrictor* democrazie, diritti, persone.

L'«amaro del partire»¹⁶³ alle spalle e la «terrachiusa»¹⁶⁴ di fronte: «sulle rive di Lampedusa Un'umanità annega»¹⁶⁵.

¹⁵⁹ N. BOBBIO, *Il futuro della democrazia*, 1984, in ID., *Il futuro della democrazia*, cit., pp. 3 ss.

¹⁶⁰ L. GALLINO, *Finanzia-capitalismo. La civiltà del denaro in crisi*, Einaudi, Torino, 2011.

¹⁶¹ Cfr. la creazione (nel vertice euro-africano del novembre 2015 a La Valletta) di un fondo apposito, il Fondo fiduciario dell'UE per l'Africa, anche chiamato "Trust Fund", gestito dalla Commissione europea, verso il quale sono stati dirottati fondi destinati alla cooperazione e agli aiuti umanitari; si veda Parlamento europeo, Risoluzione sul Fondo fiduciario dell'UE per l'Africa: le implicazioni per lo sviluppo e gli aiuti umanitari, 13 settembre 2016, P8_TA(2016)0337 (per una sintesi della vicenda, cfr. L. JONA, *I fondi destinati a combattere la povertà usati in Africa per controllare i migranti*, in *La Stampa*, 24 maggio 2017).

¹⁶² C. CROUCH, *Postdemocrazia*, Laterza, Roma-Bari, 2003 (in precedenza, il neologismo «postdemocrazia» era già stato utilizzato da A. MASTROPAOLO, *Democrazia, neodemocrazia, postdemocrazia: tre paradigmi a confronto*, in *Dir. Pubbl. Comp. ed Europeo*, n. IV/2001).

¹⁶³ G. M. TESTA, *Rituali*, in *Da questa parte del mare*, Produzioni Fuoriviva / RadioFandango / Harmonia Mundi, 2006.

¹⁶⁴ E. DE LUCA, *Naufragi*.

¹⁶⁵ MOHAMMED GASSID, *Sulle rive di Lampedusa*, in 100Thousandpoets for Change-Bologna in collaborazione con GLOB011 (a cura di), *Poesie per i morti di Lampedusa annegati da respingimento*, in www.glob011.com/lampedusa, 10 ottobre 2013.



Costituzionalismo.it

Fondatore e Direttore dal 2003 al 2014 Gianni **FERRARA**

Direzione

Direttore Gaetano **AZZARITI**

Vicedirettore Francesco **BILANCIA**

Giuditta **BRUNELLI**
Paolo **CARETTI**
Lorenza **CARLASSARE**
Elisabetta **CATELANI**
Pietro **CIARLO**
Claudio **DE FIORES**
Alfonso **DI GIOVINE**
Mario **DOGLIANI**
Marco **RUOTOLO**
Aldo **SANDULLI**
Dian **SCHEFOLD**
Massimo **VILLONE**
Mauro **VOLPI**

Comitato scientifico di Redazione

Alessandra **ALGOSTINO**, Gianluca
BASCHERINI, Marco **BETZU**,
Gaetano **BUCCI**, Roberto
CHERCHI, Giovanni **COINU**,
Andrea **DEFFENU**, Carlo
FERRAJOLI, Marco
GIAMPIERETTI, Antonio
IANNUZZI, Valeria **MARCENO'**,
Paola **MARSOCCI**, Ilenia **MASSA**
PINTO, Elisa **OLIVITO**, Laura
RONCHETTI, Ilenia
RUGGIU, Sara **SPUNTARELLI**,
Chiara **TRIPODINA**

Redazione

Elisa **OLIVITO**, Giuliano **SERGES**,
Caterina **AMOROSI**, Alessandra
CERRUTI, Andrea **VERNATA**

Email: info@costituzionalismo.it

Registrazione presso il Tribunale di Roma

ISSN: 2036-6744 | Costituzionalismo.it (Roma)